



Mestrado Profissionalizante em Ciências Jurídico-Empresariais

AS GARANTIAS DE DEFESA DO TRABALHADOR NA FASE DE INSTRUÇÃO
DO PROCEDIMENTO DISCIPLINAR

Célia Rodrigues Cordeiro

Sob a orientação do
Professor Doutor Pedro Madeira de Brito

Julho, 2018

Agradecimentos

Antes de mais, quero agradecer àquelas pessoas sem as quais esta dissertação não seria possível: ao meu orientador e ao meu companheiro de sempre. O meu primeiro agradecimento dirige-se ao Professor Doutor Pedro Madeira de Brito, pois foi quem me estimulou e aceitou a árdua tarefa de me orientar, quando a investigação era para mim ainda um buraco negro, e me deu coragem para continuar. Pelos seus conselhos, pela sua disponibilidade e principalmente pela paciência para ouvir as minhas dúvidas. Para o meu orientador o meu mais sincero agradecimento.

Ao meu companheiro e grande amigo, agradeço todo o tempo que despendeu a ouvir os meus desabafos, as minhas lamúrias, os meus anseios e receios, suportou o meu mau humor, encorajando-me sempre a continuar. Por todo esse apoio, o meu enorme obrigada.

Por fim, não posso deixar de agradecer a todos aqueles que de forma direta ou indireta me incentivaram nesta cruzada, por partilharem o seu tempo e a sua atenção.

Indicações de Leitura

Todos os artigos mencionados na presente dissertação, salvo expressa referência, reportam-se ao Código do Trabalho, aprovado pela Lei 7/2009, de 12/02 e com as sucessivas alterações.

As referências bibliográficas são citadas pelo nome do autor, título, editora, local de publicação, data, página e nota (nos casos em que se aplica). A primeira citação da obra efetua-se recorrendo à referência bibliográfica completa, enquanto que nas restantes, desde que se trate da mesma obra, o título poderá surgir de forma abreviada e os restantes elementos bibliográficos serão omitidos, mantendo-se o número da página donde foi retirada a referência ou a citação. As citações, presentes no texto, poderão surgir entre parêntesis com indicação do nome do autor, da data da obra, sempre que não seja possível fazer confusão entre datas e obras, seguido do número da página donde a mesma foi retirada.

A bibliografia final contém todas as obras consultadas, referindo todos os elementos supra referenciados, elencada por ordem alfabeta, quer quanto aos autores, quer quanto às obras do mesmo autor, quando as haja.

As citações de obras estrangeiras são feitas, sempre que se justificar, na língua original, contudo sempre que se mostrar pertinente para um cabal esclarecimento, foram feitas traduções da inteira responsabilidade da autora desta dissertação.

Os acórdãos mencionados podem ser consultados ou através do *link* indicado nas notas de rodapé, onde são mencionados, ou recorrendo ao sítio da internet www.dgsi.pt.

Na presente dissertação considerou-se a doutrina e a jurisprudência e demais documentações publicadas ou acessíveis até julho de 2018.

Resumo

A presente dissertação visa abordar as garantias de defesa do trabalhador na fase de instrução, no âmbito do procedimento disciplinar laboral.

É indiscutível que o presente tema, para além de ser um tema atual, é igualmente um tema controverso, na medida em que se trata de um assunto a que todos diz, ou que pode dizer, respeito.

Todavia, o tema em estudo assentou essencialmente na faculdade que uma das partes de um contrato tem de sancionar a outra, instaurando-lhe um procedimento disciplinar, onde a parte que se considera lesada pelo comportamento da outra, é ao mesmo tempo a parte que decide.

A possibilidade de instaurar um procedimento disciplinar é o resultado do exercício do poder disciplinar que a lei laboral confere ao empregador. Sendo indiscutível a atualidade do tema em consideração à declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Ac. do TC n.º 338/2010, de 22 de setembro, que se pronunciou, por um lado, quanto à alteração legislativa que veio a atribuir ao empregador a possibilidade de realizar ou não a fase de instrução no procedimento disciplinar instaurado contra um trabalhador e por outro, nas consequências da não realização desta fase para as garantias de defesa do trabalhador.

Dissertámos sobre esta questão também no âmbito do direito comparado, encontrando, na maioria dos ordenamentos jurídicos estudados bastantes semelhanças, nomeadamente no que diz respeito à abordagem e ao cumprimento dos princípios basilares do direito. Contudo, deparámo-nos também com diferenças peculiares, que fazem com que olhemos para esses sistemas, nuns casos com uma certa admiração, noutros com uma imensa reprovação.

Por fim, desenvolvemos o tema do procedimento disciplinar com vista ao despedimento do trabalhador da função pública. Abordamos o tema em duas vertentes: a primeira, quanto à tramitação do procedimento e a segunda, quanto às garantias de defesa facultadas ao trabalhador. No âmbito deste último capítulo, aproveitamos para fazer uma breve comparação com o regime laboral privado. Estudámos as diferenças significativas existentes entre sector privado e o sector público, e a considerável proteção de garantias de defesa dos direitos que é dada ao funcionário público em comparação com o trabalhador privado.

Palavras-chave: *poder disciplinar, procedimento disciplinar, instrução, garantias de defesa, despedimento.*

Abstract

The present dissertation aims to address the guarantees of defense of the employee in the interlocutory stages, in the scope of the labor disciplinary proceedings.

It is indisputable that this issue, as well as being a current theme, is also a controversial subject that concerns to almost everyone.

However, the subject under study was essentially based on the faculty that one part in a contract has the authority to sanction the other by instituting a disciplinary proceeding where the part that considers itself harmed by the behavior of the other part is at the same time the part that can punish.

The possibility of instituting a disciplinary proceeding is the result of the exercise of the disciplinary authority that the labor law confers to the employer. The relevance of the topic is related to the unconstitutionality declaration by decision of the Constitutional Court No 338/2010 of September 22th, 2010, which ruled, first, on the legislative amendment which gave the employer the option of carrying out the investigation phase in the disciplinary proceedings against a employee and on the other hand, on the consequences for the defense of the employee if the employer doesn't carry out this stage.

We have also addressed the issue from the perspective of comparative law, finding that most of the legal systems studied quite a few similarities, whit regards approach and compliance with the basic principles of law. However, we have also find peculiar differences, which make us look at these systems, in some cases with a certain admiration, in others with immense reproof.

Finally, we have developed the subject of the disciplinary proceedings of the public servant demission. We address the issue in two aspects: the first, regarding the proceedings and the second, regarding the guarantees of defense provided to the public servant. Within the scope of this last chapter, we take advantage of a brief comparison with the private labor regime. We have studied the significant differences between the private sector and the public sector, and the considerable protection of rights guarantees given to the public servant in comparison with the private employee.

Keywords: *disciplinary authority, disciplinary proceedings, education, defense guarantees, dismissal.*

Glossário de siglas

Ac. Acórdão

al. alínea

als. alíneas

art. artigo

arts. Artigos

AAVV. Autores Vários

CC Código Civil, aprovado pelo Decreto Lei n.º 47 344/66, de 25/11, com as sucessivas alterações

CCT Convenção Coletiva de Trabalho

CDFUE Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia

CE Conselho Europeu

CEDH Convenção Europeia dos Direitos do Homem

cit. *citado(a)*

cfr. *cifrando*

CIT Comissão Internacional do Trabalho

CITE Comissão para a Igualdade no Trabalho e no Emprego

CJ Coletânea de Jurisprudência

ComEur Comissão Europeia

coord. *coordenador*

CPA Código do Procedimento Administrativo, aprovado pela Lei n.º 4/2015, de 7 de janeiro, ainda sem alterações

CPT Código Processo de Trabalho, aprovado pelo Decreto Lei n.º 480/99, de 9/11, com as sucessivas alterações

CRP Constituição da República Portuguesa

CT Código do Trabalho, aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12/02, com as sucessivas alterações

CSE Carta Social Europeia

DL Decreto Lei

DR Diário da República

DS *Droit Social*

ed. edição

ET *Estatuto de los Trabajadores, aprovado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo*

FDUL Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

i.e., ou seja,

IRCT Instrumento de Regulamentação Coletiva de Trabalho

L *Ley*

LBRL Livro Branco de Reclamações Laborais

LCCT Regime Jurídico da Cessação do Contrato Individual de Trabalho e da Celebração e Caducidade do Contrato de Trabalho a Termo (Lei da Cessação do Contrato de Trabalho), aprovado pelo DL n.º 64 – A/89, de 27/02.

LCT Lei do Contrato Individual de Trabalho, aprovada pelo Decreto Lei 47 032, de 24/05/1966, revogado pelo Decreto-Lei 49 408, de 24 de novembro de 1969 (Regime Jurídico do Contrato Individual de Trabalho – Lei do Contrato de Trabalho)

LTFP Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas, aprovada pela Lei n.º 35/2014, de 20/06, com as sucessivas alterações

n. nota de rodapé

ns. notas de rodapé

n.º número

ns.º números

OA Ordem dos Advogados

OIT Organização Internacional do Trabalho

Op. *Obra*

Op. cit. *Obra citada*

p. página

pp. páginas

Parág. Paragrafo.

PE Parlamento Europeu

reimp. reimpressão

SL *Statuto dei Lavoratori*

ss. e seguintes

STA Supremo Tribunal Administrativo

STJ Supremo Tribunal de Justiça

TC Tribunal Constitucional

TCAN Tribunal Central Administrativo do Norte

TCAS Tribunal Central Administrativo do Sul

TFPUE Tribunal da Função Pública da União Europeia

TRC Tribunal da Relação de Coimbra

TRL Tribunal da Relação de Lisboa

UE União Europeia

Vd. *Vide*

v.g. *verbi gratia*

vol. volume

ÍNDICE

<i>Agradecimentos</i>	II
<i>Indicações de leitura</i>	III
<i>Resumo (palavras-chave:)</i>	IV
<i>Abstract (Keywords:)</i>	VI
<i>Glossário de Siglas</i>	VII
<i>Índice</i>	X
INTRODUÇÃO	1
Capítulo I – Os poderes do empregador	4
O poder disciplinar	7
<i>I - A titularidade e os limites – perspectiva doutrinária</i>	7
<i>II – O fundamento</i>	10
<i>III – Síntese e posição adotada</i>	13
Capítulo II – O procedimento disciplinar	17
Secção I - Evolução histórica do procedimento disciplinar	17
<i>A evolução da fase instrução</i>	21
Secção II – Da obrigação constitucional da fase de instrução	29
<i>I – A inconstitucionalidade do carácter facultativo da fase de instrução -</i> <i>Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 338/10, de 22 de setembro</i>	31

II – A decisão do Ac. do TC n.º 338/10 sobre a aplicação do artigo 32.º, n.º 10 da CRP ao procedimento disciplinar	32
III - Perspetiva após o Ac. 338/10 de 22/9	36
Secção III – As garantias de defesa do trabalhador na fase instrução	37
A valoração dos depoimentos das testemunhas arroladas	42
Capítulo III – A tramitação do procedimento disciplinar no Código do Trabalho	44
As várias fases do procedimento disciplinar	44
I - A iniciativa processual	44
II - A defesa do trabalhador	47
III - A fase da instrução	48
IV - A fase da decisão final	50
Capítulo IV – O procedimento disciplinar no direito comparado	52
Enquadramento prévio	52
I – Itália	54
II – França	56
III – Espanha	58
IV – Inglaterra	59
Capítulo V – O Excecional Caso da Instrução na Administração pública	63
Secção I– Aspetos Gerais	63
Secção II - O Procedimento Disciplinar na Administração Pública	63
I - A instauração do procedimento disciplinar	65
II - A instrução do procedimento disciplinar	66
III - A defesa do trabalhador	69
IV - O relatório final e a decisão	70

Secção III – A diferença das garantias de defesa dadas ao trabalhador no procedimento disciplinar no setor público e no setor privado	71
--	-----------

<i>CONCLUSÃO</i>	<i>74</i>
------------------------	-----------

<i>BIBLIOGRAFIA</i>	<i>80</i>
---------------------------	-----------

INTRODUÇÃO

A presente dissertação, e a sua consequente defesa, encerra o estudo no âmbito do Mestrado em Direito Jurídico-Empresariais. Pretende-se com este estudo abranger a análise da doutrina e da jurisprudência sobre as garantias de defesa facultadas ao trabalhador perante a instauração de um procedimento disciplinar com vista ao despedimento.

A escolha do tema prende-se com o facto de considerarmos perturbante a possibilidade dada ao empregador em dispor de um poder capaz de unilateralmente pôr termo ao contrato laboral, desconsiderando as consequências que o exercício desse poder pode ter na vida do trabalhador, sendo certo, que na maioria das vezes é do fruto do seu trabalho que depende a sua sobrevivência.

Consideramos, por isso, que se deve conjecturar sobre a legitimidade desta atuação e se tal atuação lesa o princípio da igualdade das partes nas relações contratuais laborais.

Ademais, as questões jurídicas associadas ao procedimento disciplinar levantam sempre uma enorme curiosidade prática, isto porque, nem sempre é, à primeira vista, entendível como é que numa relação contratual laboral, contrariamente ao que se verifica nos restantes contratos, uma das partes tem o poder de pôr fim ao contrato, acontecendo, não raras as vezes, o empregador manietar-se do poder que a lei lhe faculta de forma a legitimar a sua atuação.

Mais concretamente, começamos por tentar explicar a razão de ser da existência de um poder disciplinar que permite a uma das partes do contrato sancionar a outra, por vezes de forma tão desmensurada e desproporcional como quando sanciona com o despedimento disciplinar, pondo, na grande maioria das vezes, em causa a subsistência do trabalhador e da sua família.

Quanto ao fundamento do poder disciplinar, estudámos que na doutrina não é possível obter uma convergência de posições e de concepções. Assim sendo, como se explica o paradoxo do empregador concentrar em si os poderes de acusar, investigar e decidir pela aplicação de uma sanção de despedimento, procedimento este bastante diferente do processo destinado à aplicação de sanções presente no processo penal.

É com base neste último aspecto que incluímos no âmbito do nosso estudo a questão das garantias de defesa dadas ao trabalhador alvo de um procedimento disciplinar instaurado pela entidade empregadora.

Estamos cientes que em Direito raramente algum tema será esgotado no seu estudo, mas empenhámo-nos em tentar abordá-lo da forma mais completa possível, focando o nosso estudo naquilo que considerámos serem os pontos fundamentais para se entender a pertinência deste tema e a razão de ser da sua existência nos moldes em que atualmente se manifesta e atua.

Determinados que estávamos a prosseguir com o nosso estudo, desenvolvemos este trabalho em cinco capítulos.

Decidimos iniciar o nosso estudo não pelo procedimento disciplinar, mas pela análise do conceito e fundamento do poder disciplinar, pois é a detenção deste poder que traduz a presunção de legitimidade para aplicar sanções no âmbito das relações laborais.

Ainda no primeiro capítulo, quanto ao fundamento do poder disciplinar, abordámos as várias posições doutrinárias, onde apresentamos, quanto às várias teorias existentes, a posição abraçada. Considerámos ser imprescindível percebermos porque existe um poder disciplinar e de que forma é possível que tal poder legitime um procedimento desta índole, e como tal realizámos uma análise mais rigorosa do tema.

Encerrado o tema inicial correspondente ao poder disciplinar, encetamos, no segundo capítulo, o estudo do procedimento disciplinar, a sua evolução histórica, nomeadamente, a evolução histórica da fase de instrução, abrangendo transversalmente os vários diplomas, desde a LCT até à atualidade, de forma a entendermos qual o contexto histórico que se vivia no âmbito laboral que permitiu dotar o empregador de um poder dotado de produzir efeitos como o despedimento disciplinar do trabalhador. Nesta senda, e porque o enquadramento histórico verificou-se essencial para entendermos o poder disciplinar nos dias de hoje, faremos uma abordagem constitucional sobre a obrigatoriedade ou não da fase de defesa do trabalhador como consequência do exercício desse poder, onde incluímos um estudo sobre a fase de instrução, em especial a decisão presente no Ac. do TC n.º 338/2010, que declarou inconstitucional a fase de instrução como facultativa e qual o impacto na legislação laboral.

Este será um capítulo mais teórico da presente dissertação, contudo, o estudo não se configuraria completo se não o abordássemos.

No capítulo seguinte, abordámos a marcha do procedimento disciplinar conducente ao despedimento, que passa pela fase da iniciativa processual (arts. 352.º, 353.º e 354.º), seguido da fase da defesa do trabalhador (art. 355.º) e da fase da instrução (art. 356.º), finalizando com a fase da decisão final (art. 357.º).

No quarto capítulo enquadrámos o tema sob o ponto de vista do direito comparado. Recorremos à análise do procedimento disciplinar e das garantias de defesa dadas ao trabalhador no regime praticado em Itália, França, Espanha e Inglaterra de maneira a estabelecer uma relação com o regime presente em Portugal.

Finalmente, no último capítulo procurámos saber como pode o trabalhador do setor público defender-se, no decurso de um procedimento disciplinar, das acusações contra ele formuladas e quais as garantias que o assistem, estabelecendo uma comparação com as garantias de defesa do trabalhador do setor privado,

As conclusões, quanto a nós, representam uma das partes mais relevantes do estudo, isto porque é nelas que podemos apresentar um aspeto mais criativo demonstrando a nossa opinião sobre os vários temas expostos.

Capítulo I – Os poderes do Empregador

É por força da existência de um contrato de trabalho que são atribuídos ao empregador determinados poderes. Para entendermos o porquê da existência destes poderes e qual a sua importância na relação laboral, teremos de nos debruçar sobre a definição de contrato de trabalho.

Assim, para RAMALHO, MARIA DO ROSÁRIO PALAMA¹, “*a posição que o empregador ocupa no vínculo laboral retira-se da noção de contrato de trabalho*”. A noção de contrato de trabalho referida no art. 11.º do CT infere-se nas “*múltiplas referências à subordinação ou dependência do trabalhador e é confirmada pelo reconhecimento expresso dos poderes laborais*”.

Também encontramos a definição de contrato de trabalho nos art. 1152.º do Código Civil e 11.º do Código do Trabalho, donde, desta última, decorre que o “*contrato de trabalho é aquele pelo qual uma pessoa singular se obriga, mediante retribuição, a prestar a sua atividade a outra ou outras pessoas, no âmbito de organização e sob a autoridade destas*”.

Assim, para se presumir pela existência de um contrato de trabalho é necessário estarem verificados três elementos essenciais: prestação de uma atividade (intelectual ou manual) por parte do trabalhador, a existência de uma retribuição a pagar pelo empregador e uma subordinação jurídica do trabalhador², ou melhor explicando, uma sujeição do trabalhador ao poder de direção do empregador. Temos assim que a atividade prestada pelo trabalhador é orientada sob o poder de direção do empregador.

É responsabilidade do empregador dar instruções, fazer procedimentos e orientar a execução das tarefas dadas ao trabalhador, estando este obrigado ao seu correto cumprimento, sob pena de, em caso de incumprimento, o empregador, poder contra ele exercer o seu poder de autoridade, mais concretamente, o seu poder de alçar sanções disciplinares.

¹ Ramalho, Maria do Rosário Palma, *Tratado de Direito do Trabalho, Parte II – Situações Laborais Individuais*, 5ª ed., Almedina, Coimbra, 2014.

² É importante salientar que a subordinação jurídica pode estar menos evidenciada em atividades cuja autonomia técnica e especialização oferecem ao trabalhador um tipo de liberdade de atuação, dando uma falsa ideia de inexistência de vínculo laboral, como se verifica no caso do contrato de prestação de serviços, previsto no art. 1154.º do C.C., onde não se verifica a existência de subordinação jurídica.

Parece-nos assim que a posição que o empregador ocupa na relação contratual laboral, face à posição do trabalhador, torna a relação existente entre as partes um pouco desequilibrada comparando com as partes contratantes na maioria dos contratos. Daí que a lei laboral tenha, ao longo dos anos, vindo a demonstrar alguma preocupação em delimitar a aplicação de tais poderes.

Atualmente, no Código do Trabalho, são várias os preceitos onde encontramos autonomamente identificados três desses poderes³: o poder de direção, o poder regulamentar e o poder disciplinar.

O Poder de Direção

Este poder aparece expressamente definido no art. 97.º do CT, e determina que “*Compete ao empregador estabelecer os termos em que o trabalho deve ser prestado, dentro dos limites decorrentes do contrato e das normas que o regem*”. Do mesmo modo, também no art. 11.º do CT, vem referida uma alusão a este poder, quando a norma determina que o trabalhador “*se obriga, mediante retribuição a prestar a sua atividade a outra ou outras pessoas, no âmbito de organização e sob a autoridade destas*”.

Na prática, podemos encontrar o uso do poder de direção no exercício do *jus variandi*⁴, art. 120.º CT, uma vez que é através do poder de direção e dentro dos limites que a lei impõe que “*o empregador pode, quando o interesse da empresa o exija, encarregar o trabalhador de exercer temporariamente funções não compreendidas na atividade contratada*”. Esta situação encontra fundamento no facto de este poder permitir ao empregador gerir e organizar a execução dos contratos de trabalho, de forma a alcançar os objetivos da organização.

³ A doutrina, da qual destacamos Fernandes, António Monteiro. *Direito do Trabalho*, 18ª ed., Almedina, Coimbra, 2017, pp. 358 e 359, identifica outros poderes de que é titular o empregador no decurso da relação contratual laboral – concretamente o autor refere-se ao poder determinativo da função, ao poder conformativo da prestação. Também Ramalho, Maria do Rosário Palma. *Op. cit.*, 2014, entende que outros são os poderes de que o empregador é titular na relação de trabalho, como o poder de vigilância e organizativo ou de controlo.

⁴ “*Conforme refere PEDRO MADEIRA de BRITO, o jus variandi «corresponde a um poder unilateral do empregador de modificar as funções do trabalhador que não se encontrem compreendidas na atividade contratada, o que significa não só funções não compreendidas naquela atividade, mas também para além das afins ou funcionalmente ligadas (artigo 118.º, n.º 2)»*”, *vd.* Ac. STJ de 26/05/2015, processo n.º 2056/12.4TTLSB.L1.S1.

Ainda que, na prática, a noção de poder de direção não conste da noção de contrato de trabalho, não é difícil constatar, pelas várias referências constantes na legislação laboral, a enorme importância que este poder tem no decurso das relações laborais.

O Poder Regulamentar

Este poder determina o cumprimento das normas internas estabelecidas no regulamento da empresa pelo empregador. O regulamento interno trata-se de um documento escrito que engloba todas as atividades/funções existentes na organização e qual o trabalhador que as desempenha.

O regulamento interno encontra-se previsto no art. 99.º do CT e prevê a possibilidade de o empregador “*elaborar regulamento interno de empresa sobre organização e disciplina do trabalho*”. A elaboração deste regulamento é facultativa, contudo nos casos em que existe, o empregador deve garantir que o seu conteúdo é do conhecimento de todos os trabalhadores. Sobre o conteúdo do regulamento interno deve ser ouvida a comissão de trabalhadores, conforme previsto no art. 104.º do CT. O vínculo à proposta de regulamento interno, por parte do trabalhador, tanto pode ser exercido de forma expressa ou tacita. Contudo, no caso de ausência de manifestação de vontade “*presume-se a adesão do trabalhador quando este não se opuser*”, com isto concluindo-se que o conteúdo do regulamento interno tanto pode ter como origem um acordo entre os trabalhadores e o empregador como pode ser unilateralmente imposto por este.

Quanto ao poder regulamentar, tendemos a acompanhar a tese de MARTINEZ, PEDRO ROMANO⁵, que considera trata-se de um poder que efetiva o poder de direção que apenas permite ao empregador a elaboração de normas, normas essas que o empregador irá fazer o trabalhador cumprir através do seu poder de direção.

O Poder Disciplinar

Por fim, sobre o poder disciplinar, apesar de mais adiante, dedicarmos uma inteira secção ao tema, gostaríamos de dar uma breve ideia da indispensabilidade deste poder na relação laboral.

⁵ Martinez, Pedro Romano. *Direito do Trabalho*, 6ª ed., Almedina, Coimbra, 2013, p. 593.

Parece incontestável a existência de uma interdependência entre o poder de disciplinar e o poder de direção exercido pelo empregador no seio da relação laboral, isto porque, tal como defende ASSIS, RUI ⁶, estes dois poderes apesar de autónomos são incindíveis, não existindo na doutrina uma opinião única sobre o tipo de relações que se estabelecem entre eles, dada a controversa existente na doutrina quanto à natureza do poder disciplinar.

Para explicar a natureza deste poder a doutrina avançou com duas teses que nos iremos tratar de desenvolver em seguida.

O poder disciplinar

I - A titularidade e os limites – perspectiva doutrinária

No ordenamento jurídico português podemos encontrar referências ao poder disciplinar na noção de contrato de trabalho narrada no art. 11.º do CT, como já vimos anteriormente, quando a norma faz menção à “autoridade” dada ao empregador no âmbito das relações laborais (PINTO, MARIA JOSÉ COSTA, 2011: p. 422).

Na mesma senda, a noção de poder disciplinar narrada no art. 98.º do CT, diz-nos que “*o empregador tem poder disciplinar sobre o trabalhador ao seu serviço, enquanto vigorar o contrato de trabalho*”. Deste preceito retiramos que tal poder é detido pelo empregador sobre o trabalhador, mas apenas enquanto durar o vínculo laboral, podendo este poder ser exercido pelo trabalhador ou por alguém por si designado⁷.

Quanto à titularidade do poder disciplinar, a doutrina diz-nos que, por um lado, trata-se de uma faculdade dada ao empregador, conforme o critério exclusivo dos seus interesses,

⁶ Assis, Rui. *O Poder de Direção do Empregador – Configuração Geral e Problemas Atuais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, p. 101.

⁷ A propósito da possibilidade do empregador exercer o seu poder disciplinar apenas enquanto vigora o contrato de trabalho, veja-se o Ac. STJ de 15 de Setembro de 2016, processo n.º 14633/14.4T2SNT.L1.S1, disponível em www.dgsi.pt. No caso concreto o Supremo Tribunal de Justiça considerou no acórdão proferido que o poder disciplinar pode ser exercido diretamente pelo empregador, ou por superior hierárquico do trabalhador, nos termos estabelecidos por aquele, conforme se prevê no art. 329.º, n.º 4, que resulta do disposto no art. 98.º, estabelecendo que: “*o empregador tem poder disciplinar sobre o trabalhador ao seu serviço, enquanto vigorar o contrato de trabalho*”.

e por outro, como sendo um “*poder – dever afeto a critérios que não coincidem necessariamente com o interesse do empregador*”⁸

Para MARTINEZ, PEDRO ROMANO o poder disciplinar “*corresponde a uma faculdade atribuída a uma das partes, o empregador, de impor sanções à outra, o trabalhador, máxime o despedimento*”⁹. Atribuição esta, que FERNANDES, ANTÓNIO MONTEIRO atribui ao empregador por ser este que tem o poder “*de aplicar, internamente, sanções aos trabalhadores cuja conduta conflitue com os padrões de comportamentos definidos na empresa ou se mostre inadequada à correta efetivação do contrato*”¹⁰, naturalmente dentro de certos limites, entre os quais destacamos os definidos por RAMALHO, MARIA DO ROSÁRIO PALMA, que define dois sentidos para a aplicação do poder disciplinar, um sentido amplo e um sentido restrito ou nuclear “*em sentido amplo, o poder disciplinar é a faculdade que assiste ao empregador de estabelecer regras vinculativas do comportamento do trabalhador e de assegurar o seu cumprimento através da aplicação de sanções*” e em sentido restrito, a citada professora define o poder disciplinado como a “*faculdade que assiste ao empregador de estabelecer e aplicar sanções disciplinares ao trabalhador pelo não cumprimento dos seus deveres contratuais*”¹¹.

Esta dupla vertente: a ordenadora ou prescritiva e a sancionatória, permitem ao empregador emanar normas e diretrizes no seio da organização, que podem ir para além da prestação de trabalho a que o trabalhador está vinculado e sancionar o trabalhador quando os deveres a que o trabalhador está contratualmente vinculado não são por este cumpridos.

O poder disciplinar configura-se assim como um poder com finalidades punitivas exercidas de forma unilateral e algo discricionária, por parte do empregador¹², especialmente no que respeita ao tipo de sanção aplicar à infração cometida¹³.

⁸ Pinto, Nuno Abranches. *Instituto Disciplinar Laboral*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, p. 16.

⁹ Martinez, Pedro Romano. *Op. cit.*, 2013, p. 595.

¹⁰ Fernandes, António Monteiro. *Op. cit.*, 2017, p. 364.

¹¹ Ramalho, Maria do Rosário Palma. *Do fundamento do Poder Disciplinar Laboral*, Almedina, Coimbra, 1993, pp. 252 e 253.

¹² O exercício do poder disciplinar encontra-se regulado nos termos do n.º 4 do art. 329.º do CT e pode ser exercido pelo empregador ou por superior hierárquico.

¹³ No CT não encontramos um conceito legal para o que seja uma infração, porém Ramalho, Maria do Rosário Palma, *Op. cit.*, 2014, p. 753, refere que “*Na falta de um conceito legal, a delimitação das infrações disciplinares pode ser feita a partir da conjugação de dois preceitos legais, sem prejuízo das cláusulas das convenções coletivas de trabalho que disponham sobre a matéria*”, tornando-se imperativo, para a

Em relação à aplicação dos limites do poder disciplinar, podemos mencionar os considerados pelos Juízes Conselheiros do STJ, proferidos no Ac. de 26/05/2015, processo n.º 373/10.7TTPRT.P1.S1, ao proferirem que *“o poder disciplinar não pode ser entendido como um poder absoluto e arbitrário da empresa. (...). Desde logo, o exercício do poder disciplinar só é lícito se estamos perante a prática de uma infração disciplinar, traduzida na violação culposa dos deveres laborais do trabalhador.*

Assim, atua de forma abusiva o empregador que aplica uma sanção disciplinar a um trabalhador que exerce um direito próprio ou que desobedece a uma ordem ilegítima, ou reclama contra uma situação discriminatória.

Tendo em conta a desigualdade de poder entre empregador e trabalhador, e a suscetibilidade de utilização do poder disciplinar, por parte do empregador, para outros fins, por exemplo, de retaliação ou perseguição de trabalhadores, e não para a punição do incumprimento culposos de deveres laborais ou para o restabelecimento do equilíbrio da organização, a lei classifica como abusiva a sanção nas situações previstas no art. 331.º do Cód. Trabalho, que consagra presunções de abusividade, ilidíveis mediante prova do contrário (art. 350.º/2 do Cód. Civil), recaindo o ónus da prova na empresa”¹⁴.

Assim, pelo que estudamos até aqui, podemos concluir que o legislador apenas nos diz quem e quando se aplica este poder, não materializando em que consiste efetivamente o poder disciplinar e qual o seu fundamento, cabendo à doutrina e à jurisprudência a sua concretização.

aplicação de uma sanção disciplinar, que o comportamento do trabalhador viole um dos deveres elencados no n.º 1 do art. 128.º e que essa violação se integre numa das causas exemplificativas elencadas no n.º 2 do art. 351º do CT, provando-se assim a existência de justa causa para aplicação da sanção.

¹⁴ Ac. STJ de 26 de maio de 2015, disponível em www.dgsi.pt. No caso concreto o empregador instaurou um procedimento disciplinar contra o trabalhador na sequência de condutas pouco próprias, relacionadas com o uso da viatura de serviço. O trabalhador contrapôs dizendo-se vítima de assédio moral, fundamentando-se no facto de lhe ter sido atribuída uma viatura muito inferior aquela que foi atribuída aos trabalhadores em igualdade de funções (delegados de informação médica). O que torna este caso singular é o facto do procedimento disciplinar, que culminou com o despedimento do trabalhador, apenas ter sido instaurado após o trabalhador ter dado conhecimento ao empregador da forma vexatória e discriminatória de que era vítima.

II – O fundamento

Em Portugal, o reconhecimento da existência de poder disciplinar por parte do empregador aparece pela primeira vez no art. 26.º da LCT de 1969, que revogou o Decreto Lei 47 032, de 27 de maio de 1966. Encontrava-se associado ao contrato de trabalho e era uma forma de estabelecer limites aos direitos e deveres atribuídos às partes. No entanto, como direito subjetivo, assume características de direito potestativo “*porque se reconduz a uma alteração na esfera jurídica do trabalhador, que se encontra pois na correspondente posição jurídica de sujeição*”¹⁵

Tratava-se assim de um poder com limites extremamente difíceis de definir, como ainda é, nomeadamente, quando a sua aplicação conduz ao despedimento do trabalhador.

Não obstante a importância deste assunto, a matéria referente ao estudo dos limites do poder disciplinar extravasa o âmbito do nosso tema, pelo que não iremos estar em maiores delongas sobre o tema¹⁶, dando maior relevância aos fundamentos do Poder Disciplinar, por refletir atualmente um dos assuntos mais controversos do contrato de trabalho.

Atualmente, podemos considerar que, de grosso modo, em mais nenhum contrato se vislumbra a possibilidade das partes aceitarem expressamente que exista um desequilíbrio de posições contratuais como o que encontramos no contexto de um contrato de trabalho. Simplesmente uma das partes (trabalhador) aceita ser colocado numa posição de sujeição face à outra (empregador).

Efetivamente, encontrar uma justificação para a existência deste poder no seio das relações privadas, onde uma das partes do contrato (empregador) tem uma posição de domínio sobre a outra parte (Trabalhador), revela-se extremamente interessante.

A doutrina tenta assim explicar a atribuição ao empregador de uma tão impetuosa faculdade - precisamente à parte que menos expõem a sua esfera pessoal - contra aquela outra que precisamente se encontra numa situação de desigualdade real (GARCIA PEREIRA, 1981: p. 33).

¹⁵ Como refere Ramalho, Maria do Rosário Palma. *Sobre os limites do poder disciplinar laboral*- in I Congresso Nacional de Direito do Trabalho – Memórias, coord. António Moreira, separata, Almedina, Coimbra, 1998, p. 186, n. 3.

¹⁶ Sobre o tema dos limites do poder disciplinar aconselhamos a leitura da obra Ramalho, Maria do Rosário Palma. *Op. cit.*, 1993, p. 299.

Sem perder de vista as características das partes, apontadas anteriormente, podemos dizer que a explicação que está na origem do fundamento do poder disciplinar, encontra na doutrina duas teses dominantes, contudo divergentes: a tese contratualista e a tese institucionalista. E é sobre elas que nos iremos debruçar.

A Tese Contratualista

Segundo a tese contratualista, o contrato de trabalho está na origem do poder disciplinar e como tal, assenta num consenso prévio entre o trabalhador e o empregador.

Os defensores desta tese explicam que é na subordinação jurídica, a que o trabalhador se encontra adstrito enquanto o contrato de trabalho durar, que o empregador tem a faculdade de exercer o poder disciplinar perante o trabalhador.

Esta orientação inicialmente estabeleceu uma relação entre as sanções disciplinares e o instituto das cláusulas penais, com previsibilidade no arts. 810.º ss. do CC, comparação que tivera origem no direito germânico, pouco adepto de um poder disciplinar autónomo¹⁷.

Contudo, por ser um fundamento algo frágil e facilmente derrubável, por um lado, porque as infrações disciplinares podem não causar danos patrimoniais ao empregador e por outro, porque as cláusulas penais são formas de assegurar danos causados, quer a título preventivo quer a título indemnizatório, a tese contratualista evoluiu “*no sentido de explicar o poder disciplinar pelo facto de ser o contrato de trabalho que investe a entidade patronal numa posição de «autoridade» sobre o trabalhador (vd. art. 11.º CT)*”¹⁸.

Na mesma senda, RAMALHO, MARIA DO ROSÁRIO DA PALMA¹⁹ escreve que “*a recusa da recondução do poder disciplinar laboral ao conceito de cláusula penal: é que enquanto esta cláusula é uma estipulação contratual acessória, o poder disciplinar constitui, (...), um elemento essencial do contrato. Esta diferença, (...), em definitivo*

¹⁷ Na verdade, esta foi a posição da doutrina alemã durante muito tempo, contudo, após o final da II Guerra, verificou-se uma gradual desconexão do trabalhador como dependente pessoal e mais como parte integrante na organização, inexistindo qualquer domínio ou soberania pessoal do empregador sobre o trabalhador, dada a natureza privada do contrato e o respeito pelo princípio da igualdade das partes, in Ramalho, Maria do Rosário Palma. *Op. cit.*, 1993, p. 67.

¹⁸ Fernandes, António Monteiro. *Op. cit.*, 2017, p. 366

¹⁹ Ramalho, Maria do Rosário Palma. *Op. cit.*, 1993, p. 316.

afasta a identificação dos institutos: é que ao contrário do que sucede com a cláusula penal, o poder disciplinar não se encontra na disponibilidade das partes”.

Encontramos como defensores²⁰ desta tese, entre outros, ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES – *supra* citado - e também JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES²¹, que considera, tal como MONTEIRO FERNANDES, como fundamento para o poder disciplinar, o contrato de trabalho e que o poder disciplinar é um elemento de conexão entre a estrutura organizativa e a execução do contrato de trabalho.

A Tese Institucionalista

Por outro lado, em clara oposição à tese contratualista, temos a tese institucionalista. Para os autores que defendem esta tese, o poder disciplinar não decorre do contrato de trabalho, mas da persecução dos interesses da empresa, vista como instituição, e que se pautam por considerar que o poder disciplinar deriva das exigências próprias do equilíbrio estrutural e da otimização do funcionamento da instituição. O que explica que seja o responsável máximo da organização, o titular do poder disciplinar.

Considerando, os defensores desta tese, que o contrato de trabalho não é mais do que um contrato de adesão, com cláusulas previamente estabelecidas pelo empregador, às quais o trabalhador se limita a aderir, e por esta razão, não poderia o poder disciplinar encontrar fundamento no contrato de trabalho, mas sim na própria integração do trabalhador subordinado à hierarquia da instituição.

Encontramos entre os defensores desta tese MACEDO, PEDRO SOUSA²², que defende que o *”poder disciplinar é um poder de facto que se justifica com as necessidades organizativas da empresa”*, criticando a tese contratualista ao afirmar que *“a propriedade dos meios de produção e o contrato de trabalho explicam, sem justificar, a existência e a titularidade de um poder disciplinar, mas não de um direito e processo disciplinar”* e

²⁰ E como posição crítica, v.g. o estudo de Pereira, António Garcia. *O poder disciplinar*, Coleção Vega – Universidade Direito e Ciência Jurídica, Coimbra, 1981, p. 42, onde o autor traça a seguinte conclusão *“em suma, ou se continuou a procurar focalizar o poder disciplinar como uma reação ao incumprimento da prestação (mas não resumindo esta ao simples exercício da atividade, antes nela integrando todos os elementos caracterizadores e definidores da sua execução); ou se fez reconduzir o exercício do poder disciplinar ao incumprimento de deveres “exteriores” à mera prestação de trabalho e até à simples disponibilidade dessa prestação.*

²¹ Gomes, Júlio Manuel Vieira. *Direito do trabalho– Relações Individuais de Trabalho*, vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 880.

²² Macedo, Pedro Sousa. *O Poder Disciplinar Patronal*, Almedina, Coimbra, 1990, p. 22.

citando, de forma a fundamentar a sua posição, COUTINHO DE ABREU, quando o autor considerou que “*o contrato de trabalho como fonte de obrigação continuada de subordinação para o trabalhador, gera, desencadeia a aplicabilidade daqueles poderes, mas não os explica*”²³.

III – Síntese e posição adotada

Por fim, enunciadas as várias correntes doutrinárias sobre a origem do fundamento jurídico do poder disciplinar do empregador, é chegado o momento de tomarmos uma posição quanto à questão.

De facto, parece-nos que a solução para o problema do fundamento jurídico do poder disciplinar, poderá assentar numa solução intermédia entre a tese contratualista e a tese institucionalista. Isto porque, se por um lado, não podemos deixar de concordar com a tese contratualista quando considera que o poder disciplinar nasce da celebração do vínculo contratual laboral e dura enquanto durar esse vínculo, por outro, partindo da posição adotada por GARCIA PEREIRA, aceitamos a perspectiva da tese institucionalista quando defende que, na maioria dos casos, quando as partes celebram um negócio jurídico (contrato), não decorre da letra do mesmo que o empregador assuma uma posição de supremacia jurídica sobre o trabalhador.

A ideia de supremacia jurídica, eventualmente aceite se estivermos a falar de Direito Público e uma das partes for o Estado, mas nestes casos (que não é o que aqui, de momento, se trata) o Estado sempre assumirá uma posição de poder face à outra, pois é por natureza detentor de *ius imperium*²⁴.

Embora aceitemos que o poder disciplinar do empregador tenha origem no vínculo laboral, não podemos deixar de considerar que o exercício desse poder disciplinar só encontra fundamento na existência de uma estrutura organizativa. Estrutura essa que prossegue fins económicos específicos e que, como tal, para alcançar esse fim tenha que

²³ Abreu, Coutinho, in “A empresa e o empregador em Direito do Trabalho”, separata do número especial do ‘Bol. Fac. Direito de Coimbra’, “Estudos em homenagem ao Prof. Doutor JOSÉ JOAQUIM TEIXEIRA RIBEIRO”, Coimbra, 1981, p. 52, como refere Macedo, Pedro Sousa. *Op. cit.*, 1990, p. 8.

²⁴ Teoria na qual o direito público regula as relações do Estado e de outras entidades com poder e autoridade, enquanto o direito privado disciplina as relações particulares entre si, com base na igualdade jurídica e no poder de autodeterminação.

obrigatoriamente fazer com que os trabalhadores cumpram as regras previamente estabelecidas na celebração dos contratos de trabalho.

Ora, esta é uma visão estratégica da organização, tida pelo empregador. Visão diferente terá o trabalhador, cuja finalidade maior será a obtenção da retribuição a que tem direito.

Perante objetivos contratuais tão diferentes entre as duas partes quanto à finalidade contratual, na estrutura organizativa, ficam dúvidas sobre a razão que assiste à celebração de um contrato, onde se encontra prevista a existência de um poder disciplinar que pode, eventualmente, levar sem mais, ao fim da relação contratual por uma das partes e não existir igual poder para a outra.

Quanto à possibilidade de uma solução de forma a equilibrar as partes contratantes, nomeadamente quando é necessário a parte que detém a supremacia exercer o seu poder disciplinar contra a parte mais débil, propomos a necessidade de intervenção do Estado.

Deverá ser o Estado, através do poder legislativo, a homogeneizar esta desigualdade contratual.

Apesar de arrojada, esta ideia não é inovadora, e encontra assento na doutrina.

Sendo certo que são os Tribunais que aplicam sanções no âmbito do direito penal e no direito civil, por exemplo na indemnização por incumprimento de um contrato, não nos causa qualquer espanto, que no âmbito do direito de trabalho, as violações contratuais sejam sancionadas também por um Tribunal ou por alguém por ele mandatado para o efeito. O que consideramos singular é que no âmbito do Direito do Trabalho as sanções sejam aplicadas por quem é parte no contrato, ou seja, no caso, pelo empregador, no âmbito do poder disciplinar.

Apesar do trabalhador ter sempre a possibilidade de recorrer aos Tribunais, caso considere que a sanção aplicada foi abusiva, também sabemos que se trata de um processo moroso, que na maioria dos casos exige do trabalhador um enorme esforço psicológico e financeiro.

Assim, não poderemos deixar de considerar a hipótese de nos casos em que a sanção a aplicar se trate do despedimento do trabalhador, esta teria que ser levada a cabo no âmbito judicial, de forma a assegurar os direitos do trabalhador, que na maioria das vezes por ser a parte mais fraca da relação jurídica, não dispõem nem de meios nem de recursos para os fazer valer.

Com isto não queremos dizer que o poder disciplinar deverá deixar de existir na relação entre as partes, ademais, como já foi dito anteriormente, o poder disciplinar existe para que o empregador possa sancionar o trabalhador que incumpra o acordado, mas não se esgota aí, pois trata-se de um poder que é exercido como sancionatório e também como reparador, tendo sempre em vista a preservação do contrato de trabalho e não a sua extinção. Só conjugando o exercício sancionatório com o exercício reparador do poder disciplinar julgamos ser possível manter a sua existência no seio da relação contratual laboral, usado como ferramenta de melhoria das relações laborais e proveitosa para ambas as partes.

Posto isto, queremos crer que as duas teses se complementam. Este entendimento atualmente encontra sustento na doutrina. É o caso da posição adotada por MARTINEZ, PEDRO ROMANO²⁵, que embora considere que o poder disciplinar é característico do contrato de trabalho, não entende que, quanto à desigualdade das partes intervenientes, seja o regime laboral um regime único no domínio dos contratos.

Ademais, o autor considera que nos contratos em geral e em especial no laboral, existem vários mecanismos de autotutela dos interesses das partes, por exemplo pelo recurso a meios judiciais através da ação de impugnação judicial da regularidade e licitude do despedimento (art. 98.º B e ss), pela exceção do não cumprimento (art. 428.º do CC), pela resolução do contrato com base no incumprimento definitivo (art. 801.º do CC) e pelo exercício da cláusula penal (art. 810.º do CC).

Apesar de apresentar também uma posição intermédia, RAMALHO, MARIA DO ROSÁRIO PALMA²⁶, não partilha dos fundamentos apresentado por MARTINEZ, PEDRO ROMANO, traçando a própria Autora diferente concretização para o fundamento do poder disciplinar laboral, sem descurar a sua natureza, *máxime* a sua natureza sancionatória, que lhe é conferida em sede de disciplina contratual, considera que no âmbito do direito laboral lhe é atribuído, manifestamente, uma configuração diferente da dos demais contratos.

A Autora atribui ao fundamento do poder disciplinar uma dupla vertente: ampla e restrita, considera que o poder disciplinar exercido pelos poderes atribuídos pela celebração do contrato de trabalho extravasam a prestação de trabalho *per se* e assim, não considera que

²⁵ Martinez, Pedro Romano. *Op. cit.*, 2013, p. 596.

²⁶ Ramalho, Maria do Rosário Palama. *Op. cit.*, 1993, p. 424.

o poder disciplinar decorra exclusivamente do contrato de trabalho, como também não considera que ele decorra exclusivamente das diretrizes impostas pelo empregador no exercício do seu poder de direção, concordando a Autora com FERNANDES, ANTÓNIO MONTEIRO, que por não autonomizar o poder de direção, vem considerar o poder disciplinar como sendo um poder “*que se manifesta tipicamente pela possibilidade de controlar o cumprimento dos deveres do trabalhador, apreciar o seu comportamento sob o ponto de vista da disciplina da organização*”²⁷.

Posto isto, gostaríamos de deixar claro que não corroboramos o pressuposto da tese contratualista, que, sem apresentar grande justificação se limita a considerar que o poder disciplinar decorre da celebração do contrato de trabalho, sem mais, olvidando o facto de estarmos perante um contrato que tem por base um “forçado” acordo de vontades, transmitido a falsa ideia de estarmos perante duas partes iguais, quando efetivamente não são.

Discordamos da tese institucionalista, na medida em que esta não consegue explicar verdadeiramente a origem do poder disciplinar do empregador, baseando o exercício do poder disciplinar no pressuposto da necessidade dos interesses da organização/instituição ser convergente com os do trabalhador e claramente, não sendo totalmente opostos também não são convergentes. Não se olvide que na maioria das situações onde se torna necessário o exercício do poder disciplinar, estamos perante interesses ou adoção de posições, quer pelo empregador e quer pelo trabalhador, claramente divergentes.

²⁷ Fernandes, António Monteiro. *Op. cit.*, 2017, p. 358.

Capítulo II – O procedimento disciplinar

Secção I - Evolução histórica do procedimento disciplinar

Relativamente ao contrato de trabalho, podemos encontrar as primeiras referências ao conceito de autoridade de uma parte sobre a outra, no primeiro Código Civil Português, aprovado por carta de lei de 1 de julho de 1867, também conhecido como Código de Seabra²⁸.

No capítulo VI encontramos a referência ao “Contrato de prestação de Serviços”. Este capítulo engloba oito secções, entre as quais destacamos a secção II: “Do Serviço Salariado” como aquela que consideramos a mais próxima da atual definição de contrato de trabalho.

Estipula o art. 1391.º do Código de Seabra que *“Serviço salariado é o que presta qualquer individuo a outro, dia por dia, ou hora por hora, mediante certa retribuição relativa a cada dia ou a cada hora, que se chama salário”*, nesta senda, encontramos no artigo seguinte (art. 1392.º) a referência aos poderes do empregador e à subordinação jurídica *“O serviçal assalariado é obrigado a prestar o trabalho, a que se propôs, conforme as ordens e direção da pessoa servida. Se assim o não fizer, poderá ser despedido antes que finde o dia, pagando-se-lhe as horas de serviço prestado”*.

Já em pleno século XX, a primeira lei que veio estabelecer as bases a que devem obedecer os contratos de trabalho, data de 10 de março de 1937 e é designada como a Lei 1:952. A lei 1:952 estipula no art. 1.º que *“Contrato de trabalho é toda a convenção por força da qual uma pessoa se obriga, mediante remuneração, a prestar a outra a sua atividade profissional, ficando, no exercício desta, sob as ordens, direção ou fiscalização da pessoa servida”*. Todavia, nada prevê quanto ao poder sancionatório do empregador ou as formas de despedimento, apenas fazendo, no art. 10.º, uma curta referência à forma de rescisão ou denúncia do contrato de trabalho *“qualquer dos contraentes pode dá-lo como acabado, independentemente de alegação de justa causa, avisando previamente por declaração inequívoca o outro contraente”*.

²⁸ Por ter sido elaborado por António Luís de Seabra e Sousa, 1º Visconde de Seabra, Jurisconsulto, Juiz Conselheiro do Supremo Tribunal de Justiça e Reitor da Universidade de Coimbra.

A figura da indenização aparece prevista para as situações de cessação sem pré-aviso, sendo necessário fundamentar a rescisão imediata do contrato laboral em justa causa, *i.e.*, por considerar que “*a situação ocorrida era de tal forma grave que tornava prática e imediatamente impossível a subsistência da relação laboral*”²⁹. A decisão de despedimento só seria possível se configurasse uma das situações previstas no parágrafo único do art. 11.º e no art. 12.º³⁰.

Consequentemente, considerava-se justa causa de despedimento “*a recusa do empregado a prestar o serviço indicado pela entidade patronal, nos limites das suas faculdades de direção*”, não existindo qualquer indicação no diploma quanto à obrigação de instaurar um procedimento disciplinar para a aplicação de qualquer tipo de sanção, inclusivamente a sanção mais gravosa: o despedimento.

A lei de 1937 permaneceu inalterável até 1966, altura em que foi substituída pelo Decreto-Lei 47 032, de 27 de maio, revogado em 1969 pelo Decreto-Lei 49 408, de 24 de novembro, também designado pelo Regime Jurídico do Contrato Individual de Trabalho – Lei do Contrato de Trabalho, doravante designada por LCT).

A LCT vem regular, entre outras, as normas relativas à cessação do contrato individual de trabalho, tendo assim surgido a necessidade de um procedimento disciplinar que permitisse avaliar se as situações conflituosas revestiam justa causa de despedimento.

Alguns anos passaram e só após 25 de abril, na sequência das tensões ocorridas por força da revolução, com a consequente necessidade de fazer desvanecer a ideologia típica de uma economia capitalista de maneira a dar lugar a um estado social, a matéria dos despedimentos voltou a ser debatida. Isto porque, até então, havia liberdade de despedimento, desde que respeitado o prazo de pré-aviso, como referimos anteriormente.

Foi da necessidade de se estabelecer um procedimento disciplinar que surgiu o Decreto Lei n.º 292/75, de 16 de junho, designado como o Novo Regime da Cessação do Contrato de Trabalho. Entre outras matérias, este Novo Regime veio dar grande ênfase à proteção do direito ao trabalho, pressupondo que a cessação do contrato individual de trabalho de

²⁹ Noção de justa causa, presente no parágrafo único do art. 11.º da Lei 1:952, de 10/3 de 1937.

³⁰ “1) *Moléstia contagiosa ou doença perlongada do empregado que o impeça continuar a prestar o serviço ajustado*; 2) *ofensa à honra, dignidade ou interesses de qualquer das partes (...)*, 3) *falência ou insolvência civil, judicialmente verificadas, da entidade patronal ou a sua manifesta falta de recursos para promover a exploração comercial ou industrial*”, continuando, no art. 12.º, o elenco de situações que constituem justa causa, previstas para o empregado e para a entidade patronal.

forma unilateral, só poderia ocorrer em virtude da prática pelo trabalhador de uma infração disciplinar grave, averiguada e confirmada, obrigatoriamente, através da instauração de um procedimento disciplinar reduzido a escrito, com a obrigação de envio da nota de culpa ao trabalhador e da sua audição no âmbito do procedimento.

Mais uma vez, devido às tensões vividas na época, entre os partidos liberais e os populares, um mês depois, em 16 de julho de 1975, houve a necessidade dar uma nova reestruturação às disposições referentes à cessação do contrato individual de trabalho.

O novíssimo regime presente no Decreto Lei n.º 372 – A/75, de 16 de julho, veio acautelar a posição do trabalhador, consagrando a necessidade de causa justificativa num despedimento e estabelecendo o conceito de justa causa e as condições onde a sua invocação é possível.

Assim, admitiam-se duas espécies de despedimento: o despedimento por justa causa, com origem na má conduta do indivíduo, que conduzia à cessação imediata do vínculo laboral sem qualquer indemnização e o despedimento por motivo atendível, desde que cumpridas as regras relativas ao pré-aviso e à indemnização.

Outra importante consideração que podemos retirar desta nova norma, é a previsão referida no *Capítulo IV* sobre a definição do conceito de justa causa e a importância que o legislador deu ao procedimento disciplinar para a verificação dessa justa causa³¹.

O legislador entende ser imperativo e legalmente exigido fazer depender a invocação de justa causa para despedimento, da existência prévia de um procedimento disciplinar, como vem definido no art. 11.º, chegando mesmo a considerar no art. 12.º, nulo o despedimento por facto imputado ao trabalhador que não tivesse sido precedido de

³¹ Quanto ao facto que constitui justa causa, o art. 10.º, n.º 2 do Decreto Lei 372 – A/75 enumera:

- a) *Desobediência ilegítima às ordens dadas por responsáveis hierarquicamente superiores;*
- b) *Violação de direitos e garantias de trabalhadores seus subordinados;*
- c) *A provocação repetida de conflitos com os camaradas de trabalho;*
- d) *O desinteresse repetido pelo cumprimento das obrigações inerentes ao exercício do cargo ou posto de trabalho que lhe esteja confiado, com a diligência devida;*
- e) *A lesão de interesses patrimoniais sérios da empresa;*
- f) *A falta reiterada e injustificada à prestação do trabalho;*
- g) *A falta culposa de observância das normas de higiene e segurança no trabalho;*
- h) *A prática intencional de atos lesivos da economia nacional.*

procedimento disciplinar³² – na época denominado como processo disciplinar - ou que frísse de alguma nulidade.

As seguintes disposições do diploma tratam das regras que compõem o procedimento disciplinar, nomeadamente as referentes à fase de instrução do processo, regras que analisaremos mais adiante.

Em 1976, o Decreto Lei n.º 84/76, de 28 de janeiro, e o Decreto Lei 841 – C/76, de 7 de dezembro, vieram fazer desaparecer o despedimento por motivo atendível e consagrando, pela primeira vez, o despedimento coletivo. Foram assim, completamente afastados os despedimentos individuais fundados em causas objetivas.

Neste período veio ainda a ser consagrado constitucionalmente, no art. 52.º al. b) (atualmente art. 53.º da CRP), a proibição de despedimento sem justa causa.

Seguiram-se várias tentativas de revisão da legislação de 1975/76 até à aprovação do novo regime de Cessação do Contrato de trabalho, Decreto-Lei n.º 64 – A/89, de 27 de fevereiro (LCCT). A grande inovação deste regime foi o surgimento de uma nova causa justificativa de despedimento: a extinção de postos de trabalho, pois que, até aqui, as causas de despedimento assentavam exclusivamente no comportamento culposos do trabalhador.

Ao longo da história, tanto na Lei 1:952 de 1937, como no Decreto Lei n.º 47 032 de 1966, e no Decreto Lei 49 408 de 1969, até à entrada em vigor da LCCT em 1989, eram “*admitidos os despedimentos imotivados ou despedimentos ad nutum*” (MARTINS, PEDRO FURTADO, 2012: p. 158), sem necessidade de invocação de justa causa, ainda que sujeito a pré-aviso.

³² A designação de procedimento disciplinar só começou a constar do CT de 2003. O procedimento disciplinar é constituído por uma sequência de processos destinados ao apuramento e à avaliação dos atos praticados pelo trabalhador, suscetíveis de consubstanciarem uma infração disciplinar.

A evolução da fase instrução

Apesar de em 1937, no domínio da Lei 1:952, o procedimento disciplinar ter sido, por várias vezes, contemplado nas convenções coletivas de trabalho³³, a menção à forma que deveria revestir o procedimento disciplinar surge pela primeira vez no n.º 3 do art. 31.º da LCT, onde assegurava que “*a sanção disciplinar não pode ser aplicada sem a audiência prévia do trabalhador e a sua execução só pode ter lugar nos três meses subsequentes à decisão*”. Daqui decorrem duas regras: o prazo de prescrição do procedimento disciplinar e a obrigação de audição do trabalhador, plasmado na consagração do princípio do contraditório, implícito ao direito de defesa do trabalhador.

Estamos assim perante o primeiro esboço da fase de instrução do procedimento disciplinar. A *acusação*, da qual resulta que o trabalhador terá o direito à defesa; a *defesa*, o direito do trabalhador a ser ouvido; a *instrução*, que abarca as diligências necessárias, quer a pedido do trabalhador, quer por iniciativa do trabalhador, à produção de prova dos factos alegados pelas partes; e a *decisão*, momento em que o empregador, após a análise dos elementos recolhidos, informa o trabalhador da decisão final³⁴.

Foi por influência da revolução de 1974 e das consequentes alterações legislativas, na esteira do reforço de princípios, como a proteção dos direitos dos trabalhadores, o princípio da segurança no emprego e a liberdade sindical, plasmados na Constituição, que se deu início a uma sistematização das leis laborais.

Na CRP de 1976 podemos encontrar referências à importância que desde logo foi dada aos direitos dos trabalhadores e a importância que o ato de desvinculação do contrato de trabalho tinha para a vida do trabalhador.

Terá sido pelo carácter protecionista que na época o direito ao trabalho revestia, que surge consagrado constitucionalmente o princípio da segurança no emprego³⁵. Este princípio preconiza a proibição dos despedimentos sem justa causa, encontrando-se

³³ Pinto, Mário/Martins, Pedro Furtado/Carvalho, António Nunes de. *Comentário às Leis do Trabalho, Regime Jurídico do Contrato Individual de Trabalho*, vol. I, Editora Lex, Lisboa, 1994, p. 156.

³⁴ Pinto, Mário/Martins, Pedro Furtado/Carvalho, António Nunes de. *Op. cit.*, 1994, p. 158.

³⁵ “*Incumbe ao Estado, através da aplicação de planos de política económica e social, garantir o direito ao trabalho, assegurando: (...)*

b) A segurança no emprego, sendo proibidos os despedimentos sem justa causa ou por motivos políticos ou ideológicos;”. Capítulo II, art. 52.º al. b) da CRP de 10 de abril de 1976.

constitucionalmente banida a denúncia *ad nutum*, i.e., discricionária, do contrato de trabalho por parte do empregador, só podendo o empregador cessar o contrato de trabalho perante uma justa causa.

Como vimos anteriormente, o Decreto Lei n.º 372 – A/75, de 16 de julho, veio defender a posição do trabalhador dando previsão legal apenas aos despedimentos com fundamento em justa causa, previsto n.º 1 do art. 11.º “*a verificação da justa causa depende sempre de procedimento disciplinar*”, seguido, nos números seguintes, da forma que deverá revestir o procedimento disciplinar.

Chamamos especial atenção para a norma constante no n.º 6 do art. 11.º onde indica que “*a falta de qualquer dos elementos referidos nos números anteriores determina nulidade insuprível do procedimento disciplinar e a consequente impossibilidade de se efetivar o despedimento com base nos comportamentos concretos invocados*”, esta norma reflete, uma vez mais, a importância que o legislador do período pós-revolucionário deu ao cumprimento da consagração do princípio do contraditório, norma essa, que prevê, pela primeira vez, a importância do cumprimento das várias fases do procedimento disciplinar.

Em 1989, pouco mais de três anos após a entrada de Portugal na Comunidade Económica Europeia, hoje designada por União Europeia, e a dois anos do fim do período transitório, Portugal assistiu à regulação das limitações da fase instrutória.

Assim, com a renovação do Decreto Lei n.º 372-A/75 pela LCCT de 1989³⁶, a fase de instrução adaptou-se às regras provenientes do mercado comum europeu, que, no fim do período de adaptação, Portugal passaria a fazer parte integrante.

Foi perante a perspetiva de crescimento económico de Portugal, com olhos postos na melhoria das condições de trabalho e de um aumento da remuneração, nomeadamente, no progresso proveniente pelo alargamento das oportunidades de formação e de emprego, que o legislador nacional laboral considerou necessária a revisão ao regime jurídico da cessação do contrato de trabalho, bem como a alteração de alguns aspetos relativos à regulação da redução e suspensão da prestação de trabalho.

O preâmbulo da LCCT diz-nos que “*a proibição dos despedimentos arbitrários é consagrada, de acordo com os princípios constitucionais, em consonância com os quais*

³⁶ Decreto Lei n.º 64-A/89, de 27 de fevereiro.

*continua a manter-se a reintegração do trabalhador despedido como consequência normal da declaração judicial da ilicitude de um despedimento”*³⁷.

Com a LCCT nasce a possibilidade de recusa da realização das diligências probatórias requeridas pelo trabalhador, desde que o empregador as considerasse “*patentemente dilatórias ou impertinentes, devendo, nesse caso, alegá-lo fundamentadamente, por escrito*”.

Da mesma forma, tal como no art. 11.º do Decreto Lei n.º 372-A/75, a LCCT prevê a nulidade do processo e consequente ilicitude do despedimento, nos casos em que o empregador não respeita a obrigação do envio por escrito da nota de culpa ao trabalhador, não conceda ao trabalhador o direito ao contraditório ou não realize as diligências de prova por este requeridas, à exceção das situações fundadas no n.º 5 do art. 10.º da LCCT³⁸.

Considerando que, não só em Portugal mas também no resto da Europa, se assistia a importantes evoluções legislativas em matéria de direito laboral e que essa evolução respeitava as novas normas internacionais, particularmente, as normas que regulavam a cessação do contrato de trabalho devido às numerosas mudanças tecnológicas de então, e pela consagração do princípio da segurança no emprego também como um pressuposto da OIT, em 1994, Portugal, comprometido com esses novos desafios, ratificou a Convenção n.º 158 da OIT³⁹, relativa à cessação do contrato de trabalho por iniciativa do empregador.

Esta convenção prevê no art. 7.º que “*Um trabalhador não deverá ser despedido por motivos ligados ao seu comportamento ou ao seu trabalho antes de lhe terem facultado a possibilidade de se defender contra as alegações formuladas salvo se não se puder razoavelmente esperar que o empregador lhe faculte essa oportunidade*”⁴⁰.

³⁷ Preambulo da LCCT (Decreto Lei n.º 64-A/89, de 27 de fevereiro).

³⁸ Art. 12.º da LCCT.

³⁹ Adotada pela CIT em 22 de julho de 1982, aprovada, para ratificação, pela Resolução da Assembleia da República n.º 55/94 em 14 de abril de 1994, ratificada pelo DPR n.º 68/94, publicada no DR I SÉRIE-A n.º 198 de 27 de agosto de 1994.

⁴⁰ Tendo em conta as normas internacionais existentes na Recomendação n.º 119 de 1963, sobre a cessação da relação de trabalho que a OIT vinha a adotar uma posição no sentido da proteção do trabalhador contra o despedimento involuntário. Contudo, foi em 1982, após a Recomendação n.º 166, que a OIT, na Convenção n.º 158, estabeleceu no art. 4.º “*Um trabalhador não deverá ser despedido sem que exista um motivo válido de despedimento relacionado com a aptidão ou com o comportamento do trabalhador, ou baseado nas necessidades de funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço*”, indicando no art. 5º as situações que não constituem motivos válidos de despedimento.

Tanto a nível europeu como a nível global, os direitos dos trabalhadores eram consequentemente, à data, alvo de sucessivas alterações legislativas.

No campo internacional os direitos dos trabalhadores encontravam previsão no art. 23.º⁴¹ e no contexto Europeu começou por, em 1996, encontrarem previsão na CSE, art. 24.º, que apenas fazia referência à proteção do trabalhador em caso de despedimento, nada dizendo quanto aos direitos de defesa do trabalhador, substituída em 2003 pela CDFUE, que no art. 30.º, consagrava a necessidade de proteção do trabalhador em caso de despedimento sem justa causa, contudo, nada referindo quanto à possibilidade de defesa do trabalhador em caso de despedimento.

Em 2003, nasce a primeira codificação de legislação laboral, a Lei n.º 99/2003, de 27 de agosto, que aprovou o CT 2003.

Para além das modalidades de despedimento e dos respetivos fundamentos adotados, o legislador manteve a previsão da LCCT, no que toca ao regime instrutório e à obrigação da realização de instrução no procedimento disciplinar. Conservou igualmente a faculdade de, por escrito e fundamentado, optar pela não realização de diligências probatórias requeridas pelo trabalhador, caso as considerasse dilatórias ou impertinentes⁴², bem assim, como as consequências a que o empregador estava sujeito em caso de omissão do procedimento disciplinar⁴³.

Apesar de não haver qualquer dúvida quanto à obrigatoriedade da realização da fase de instrução antecedente ao despedimento, MARTINS, PEDRO FURTADO⁴⁴, coloca a questão sobre o que deve ser exigido quanto ao conteúdo do procedimento e ao modo de

⁴¹ Artigo 23º da DUDH

1. *Toda a pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha do trabalho, a condições equitativas e satisfatórias de trabalho e à proteção contra o desemprego.*
2. *Todos têm direito, sem discriminação alguma, a salário igual por trabalho igual.*
3. *Quem trabalha tem direito a uma remuneração equitativa e satisfatória, que lhe permita e à sua família uma existência conforme com a dignidade humana, e completada, se possível, por todos os outros meios de proteção social.*
4. *Toda a pessoa tem o direito de fundar com outras pessoas sindicatos e de se filiar em sindicatos para defesa dos seus interesses.*

⁴² N.º 1 do art. 414.º do CT2003.

⁴³ Prevê a al. c) do art. 429º do CT2003 que “*Sem prejuízo do disposto nos artigos seguintes e em legislação especial, qualquer tipo de despedimento é ilícito: a) Se não tiver sido precedido do respetivo procedimento*”.

⁴⁴ Martins, Pedro Furtado. *Cessação do Contrato de Trabalho - Atualizada Segundo o Código de Trabalho de 2012*, 3ª ed., Principia, Cascais, 2012, p. 180.

realização do mesmo, e se, não obstante a existência de vícios procedimentais, qual a sua importância, nos casos que comportam uma justa causa para o despedimento.

Desde a entrada de Portugal na CEE/EU, que a evolução da economia portuguesa, apesar de um início pautado pelo crescimento, verificou ao longo dos anos um constante desaceleramento, pelo facto, entre outros, do surgimento das crises cambiais por consequência da adesão à UEM.

Assim, em 2008, num contexto internacional em profunda recessão económica, com necessidade da intervenção em Portugal de Programas de Estabilidade e Crescimento, que impunham regras orçamentais mais exigentes quanto às medidas de contenção social, a CLBRL deu continuidade aos trabalhos que tinha iniciado no *Livro Verde sobre as Relações Laborais*⁴⁵, seguido do *Livro Branco das Relações Laborais*⁴⁶ e do Acordo Tripartido de 2008⁴⁷, revogando o CT2003 pelo atual Código do Trabalho, aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12 de fevereiro e regulamentado pela Lei n.º 105/2009, de 14 de setembro, limitando-se, este último, a desenvolver, sobretudo, os aspetos procedimentais de alguns regimes presentes no anterior Código.

Sobre as dificuldades que a obrigatoriedade de realização de uma fase de instrução podia representar nos processos de despedimento individual, a Comissão, por considerar que um procedimento muito burocrático levaria a “*prejuízos para ambas as partes*”⁴⁸ entendeu que as propostas para a elaboração do LBRL deveriam ter em linha de conta a simplificação do regime da cessação do contrato.

Sobre as regras do procedimento disciplinar terá sido dada especial atenção ao facto das diligências probatórias realizadas no decurso do procedimento disciplinar não terem qualquer valor em sede judicial e que a imposição de uma fase de instrução implicaria o

⁴⁵ Elaborado pelo Ministério do Trabalho e da Segurança Social (2006), disponível em: <https://infoeuropa.euroid.pt/files/database/000039001-000040000/000039734.pdf>, consultado em 02/05/2018. Atualizado pelo Gabinete de Estratégia e Planeamento do Ministério do Trabalho, Solidariedade e Segurança Social (2016), disponível em: http://cite.gov.pt/pt/destaques/complementosDestqs2/LIVRO_VERDE_2016.pdf, consultado em 02/05/2018.

⁴⁶ Elaborado pela CLBRL (2007), disponível em: http://www.gep.msess.gov.pt/estudos/pdf/livro_branco_2007.pdf, consultado em 02/05/2018.

⁴⁷ Acordo Tripartido para um novo sistema de regulação das relações laborais, das políticas de emprego e da proteção social em Portugal (2008), celebrado entre o Governo e os Parceiros Sociais, Ministério do Trabalho e da Solidariedade Social em 25 de junho de 2008, que logo no disponível em: <http://www.anilact.pt/documentos/mtss001.pdf>, consultado em 02/05/ de 2018.

⁴⁸ LBRL, p. 109, em: http://www.gep.msess.gov.pt/estudos/pdf/livro_branco_2007.pdf, consultado em 02/05/2018.

alongamento desnecessário do procedimento, com prejuízo para ambas as partes, em especial, por um lado, para o trabalhador que teria que suportar durante o tempo de espera os inconvenientes do despedimento e por outro lado, o facto de que não se vislumbrava qual a necessidade de realização de diligências probatórias por parte do empregador uma vez que as mesmas teriam que ser repetidas em sede judicial e aí sim, sujeitas ao contraditório e logo revestidas de maiores garantias e imparcialidade ⁴⁹.

Nesta senda, a CLBRL propôs que a fase de instrução fosse considerada facultativa, à exceção dos trabalhadores protegidos (grávidas, puérperas e lactantes e em gozo de licença parental), caso em que seria igualmente exigido um parecer da CITE, consagrando um período de reflexão para a tomada da decisão final nos casos em que o empregador prescindia da instrução do procedimento, alterando-se assim o art. 414.º do CT2003.

Segundo o n.º 1 do art. 356.º, o CT2009⁵⁰ surge com a possibilidade da fase instrutória do procedimento conducente ao despedimento poder ser facultativa, excetuando-se as situações especiais referidas anteriormente.

Esta norma permitia que empregador decidisse se a fase instrutória do procedimento conducente ao despedimento disciplinar se realizava ou não e, consequentemente, se havia ou não lugar à realização de diligências probatórias requeridas pelo trabalhador na resposta à nota de culpa, à exceção dos casos especiais em que se mantinha o regime do código anterior, obrigando o empregador ou instrutor por si nomeado a realizar as diligências requeridas, a não ser que as considerasse dilatórias ou impertinentes, fundamentando por escrito a sua decisão de não realização.

O legislador “*vem introduzir uma alteração significativa no domínio da **instrução** do procedimento disciplinar para efetivação do despedimento por facto imputável ao trabalhador*”⁵¹.

No entanto, o CT2009, quanto às formalidades do procedimento disciplinar, nos casos em que não era prescindida a sua realização, manteve a existência de um procedimento escrito, “*aligeirado no caso das microempresas, se o trabalhador não for membro de*

⁴⁹ LBRL, p. 109.

⁵⁰ Aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12.02, retificado pela Declaração de Retificação n.º 21/2009, de 18.03, e em vigor desde 17.02.2009, com exceção das matérias referidas no art. 14.º do diploma preambular.

⁵¹ Domingos, Maria Adelaide. *Poder e procedimento disciplinar: algumas das alterações introduzidas pelo Código do Trabalho de 2009*, in *Código de Trabalho - A revisão de 2009*, coord. Paulo Morgado Carvalho, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, p. 453.

comissão de trabalhadores ou representante sindical (artigo 358.º); ao princípio da audiência prévia, enquanto pilar do direito de defesa do trabalhador (artigo 329.º, n.º 6); ao princípio da proporcionalidade entre a gravidade da infração, a culpa do infrator e gravidade da sanção e ao seu corolário: «uma só sanção pela prática da mesma infração» (artigo 330.º, n.º 1); ao princípio da sindicância judicial posterior à aplicação da sanção; ao princípio da celeridade, por via do estabelecimento e controle dos prazos de exercício deste poder, etc” (DOMINGOS, MARIA ADELAIDE, 2011: p. 458).

Quanto à instauração de procedimento disciplinar, o CT2009, manteve a ilicitude do despedimento por iniciativa do empregador (art. 381.º, al. c) e a invalidade do processo nas situações, entre outras, em que o empregador não respeite o direito do trabalhador de responder à nota de culpa (art. 382.º, n.º 2, al. c, *in fine*).

No CT2003, o trabalhador podia, após conhecimento da nota de culpa, apresentar a sua defesa por escrito, juntando documentos e requerendo a realização de diligências probatórias que julgasse necessárias ao esclarecimento da verdade⁵², cabendo ao empregador decidir se considerava as diligências dilatórias ou impertinentes, e nesse caso, fundamentar a recusa por escrito⁵³.

Na transição do regime para o CT2009, o legislador, apesar de continuar a prever a obrigatoriedade de instrução dentro dos mesmos critérios dos previstos no CT2003⁵⁴, nomeadamente no que se refere ao limite máximo de testemunhas a ouvir, no CT2009 esta norma legal **apenas se aplicava aos trabalhadores protegidos** (gravidas, puérpera, lactante ou em gozo de licença parental)⁵⁵.

Resumindo, quanto à obrigatoriedade de realização da fase de instrução, prevista no CT2003, o legislador de 2009 permitiu ao empregador, de forma arbitrária, “*decidir a realização das diligências probatórias requeridas na resposta à nota de culpa*”⁵⁶.

Assim, quanto à não realização de instrução para os trabalhadores não abrangidos pela instrução obrigatória, o CT2009 “*não impõe ao empregador que justifique a razão da*

⁵² Art. 413.º do CT2003.

⁵³ Art. 414.º, n.º 1 do CT2003.

⁵⁴ “*O empregador não é obrigado a proceder à audiência de mais de 3 testemunhas por cada facto descrito na nota de culpa, nem mais de 10 no total, cabendo ao trabalhador assegurar a respetiva comparência para o efeito*”, art. 414.º, n.º 2 CT2003.

⁵⁵ Art. 356.º, n.º 2 do CT2009.

⁵⁶ Art. 356.º, n.º 1 do CT2009.

recusa da realização das diligências probatórias requeridas pelo trabalhador” (DOMINGOS, MARIA ADELAIDE, 2011: p. 459).

O regime presente no CT2009, passou a facultar ao empregador a decisão de realizar ou não as diligências probatórias requeridas pelo trabalhador, dotando o empregador “*de um poder discricionário, não sindicável*” (FIALHO, MANUELA BENTO, 2011: p. 421).

Consequentemente, da não realização da instrução facultativa, não decorria qualquer tipo de vício formal na licitude do despedimento, desde que apurada justa causa, afastando-se definitivamente o regime observado no art. 436.º, n.º 2 do CT2003⁵⁷.

Na verdade, como diz FIALHO, MANUELA BENTO⁵⁸, com o regime de instrução facultativa, no caso da preterição pelas diligências probatórias durante o procedimento disciplinar, o trabalhador não deixará de recorrer à via judicial para reconhecimento da licitude do seu despedimento, pois, como bem se sabe, neste tipo de ações⁵⁹, é ao empregador que cabe o ónus de provar e fundamentar as razões que o levaram ao despedimento⁶⁰.

Por conseguinte, reconhecemos a preocupação da referida Autora sobre a possibilidade de omissão de prova durante o procedimento disciplinar, uma vez que o empregador correrá sérios riscos de, numa ação judicial de reconhecimento da licitude do despedimento, ser confrontado com surpresas decorrentes da produção de prova por parte do trabalhador, que não ajuizou realizar durante a fase de instrução do procedimento disciplinar.

A reforma legislativa da fase de instrução do procedimento sofreu assim a maior inovação das últimas 3 décadas.

⁵⁷ “No caso de ter sido impugnado o despedimento com base em invalidade do procedimento disciplinar, este pode ser reaberto até ao termo do prazo para contestar, iniciando-se o prazo interrompido nos termos do n.º 4 do artigo 411.º, não se aplicando, no entanto, este regime mais do que uma vez”, art. 436º, n.º 2 CT2003.

⁵⁸ Fialho, Manuela Bento. *Poder e procedimento disciplinar: as novidades do Código*, in *Código de Trabalho - A revisão de 2009*, coord. Paulo Morgado Carvalho, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, p. 412.

⁵⁹ Ação de Impugnação Judicial da Regularidade e Licitude do Despedimento, art. 98ºB e ss do CPT.

⁶⁰ “como tem sido orientação pacífica deste Supremo (...) no domínio do Código do Trabalho, cabe ao empregador, na ação de impugnação de despedimento, o ónus de alegar e provar os factos integradores da justa causa”, v.g. Ac. do STJ, de 05/02/2009, processo n.º 08S2569, disponível em www.dgsi.pt, consultado em 02/05/2018.

Secção II – Da obrigação constitucional da fase de instrução

A proposta no LBRL, em conceder carácter facultativo da instrução, tenderia a promover uma maior celeridade e simplificação processual ao regime da cessação do contrato individual de trabalho “*sem pôr em causa o princípio da segurança no emprego constitucionalmente consagrado*”⁶¹, uma vez que as diligências probatórias, realizadas no âmbito do procedimento disciplinar, não teriam qualquer valor em sede judicial, levou a Comissão do LBRL a concluir que impor a obrigação de realização da instrução levaria a que o procedimento disciplinar se prolongasse por mais tempo, com prejuízo para o trabalhador que teria ainda que suportar o seu despedimento.

Contudo, esta nova abordagem, se à primeira vista parece favorecer a posição do trabalhador, numa abordagem mais aprofundada demonstra que as garantias de defesa do trabalhador não se encontram cabalmente protegidas devido, principalmente, ao “*poder arbitrário do empregador, na medida em que o seu exercício não carece de fundamentação, nem está dependente de qualquer pressuposto material (...), para além de que a presunção em que parecia assentar o regime - de que o empregador é um acusador/julgador razoável – continua por demonstrar no plano socio-jurídicos*” (FERNANDES, FRANCISCO LIBERARL, 2011: p. 212), sobretudo nos casos em que o trabalhador, no exercício do seu direito de defesa, alegar novos factos na resposta à nota de culpa e necessitar de requerer diligências probatórias para o esclarecimento e apuramento da verdade material, de forma a provar a sua inocência.

Não obstante, tanto a Constituição⁶² como o art. 356.º, n.º 2, do CT2009, protegem o direito de audiência e de defesa ao trabalhador no procedimento disciplinar, ao facultar “*a possibilidade de o trabalhador contestar os elementos contra ele invocados, de apresentar os seus meios de defesa e de estes serem devidamente atendidos pelo empregador dentro de um critério de razoabilidade*” (FERNANDES, FRANCISCO LIBERAL, 2011: p. 214).

Ora, dúvidas não restam, que com a previsão do carácter facultativo da instrução no CT2009, não só o princípio do contraditório saíria prejudicado, na medida em que seria vedado ao trabalhador a possibilidade de requerer diligências probatórias que ajudassem

⁶¹ LBRL, p. 109.

⁶² Art. 32.º, n.º 10 da CRP.

a contra alegar os factos de que era acusado e de providenciar prova de novos factos em sua defesa, como também se testemunharia à violação do princípio da igualdade de armas, pelo facto de, no procedimento disciplinar, o empregador reunir o papel de acusador e de julgador.

Acresce o facto, nos casos de não abertura de instrução, da dispensa de fundamentação poder conferir ao empregador a possibilidade de adotar atitudes discriminatórias, *“porquanto nada garantia que tal factualidade não pudesse servir fins diversos daqueles que tivessem justificado a despectiva previsão. (...) poderia suceder que factos imputados ao trabalhador, ainda que inexistentes ou apresentados de forma distorcida, se convertessem em ‘justa causa’ de despedimento”* (FERNANDES, FRANCISCO LIBERAL, 2011: 215).

De igual modo, no âmbito internacional, a norma constante da al. d), do n.º 3, do art. 6.º da CEDH⁶³ também se opõem ao carácter facultativo da instrução, isto porque, apesar do CT2009 prever a audição do trabalhador, este não garantia o seu direito de defesa, na medida em que vinha a tornar facultativa a realização das diligências probatórias requeridas pelo trabalhador, reduzindo a eficácia do direito de defesa previsto para o processo sancionatório.

Foi em razão disso que o TC considerou inconstitucional o carácter facultativo da instrução pela aplicação do art. 32.º, n.º 10 da CRP, que segundo o TC, se aplicaria não só no âmbito penal, como também no âmbito do procedimento disciplinar.

Aqui chegados, gostaríamos de salientar que, apesar de não pormos em causa o direito à liberdade de iniciativa económica, bem como à autonomia privada típica das relações contratuais, não é displicente cogitar sobre as desastrosas consequências que um despedimento, e um posterior desemprego, têm para a vida familiar e social do trabalhador, matéria que, naturalmente, deverá determinar uma maior proteção no quadro de um Estado de Direito Democrático.

⁶³ “O acusado tem, como mínimo, os seguintes direitos: (...) d) Interrogar ou fazer interrogar as testemunhas de acusação e obter a convocação e o interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições que as testemunhas de acusação”.

I – A inconstitucionalidade do carácter facultativo da fase de instrução - Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 338/10, de 22 de setembro

Com pouco mais de seis meses de vigência, a norma presente no n.º 1, do art. 356.º, do CT2009, foi, pela jurisprudência do TC, em sede de fiscalização abstrata sucessiva, considerada inconstitucional com força obrigatória geral⁶⁴ por violação das “*garantias de defesa aplicáveis a qualquer processo sancionatório, à luz do artigo 32.º, n.º 10 da Constituição da República Portuguesa*”. Não obstante, o TC admitiu também que este preceito do CT2009, violava a segurança no emprego, uma vez que do art. 53.º da CRP resulta que “*o despedimento deve satisfazer exigências procedimentais (...)*”⁶⁵.

A decisão do TC contou com os votos vencidos dos Juízes Conselheiros, José Borges Soeiro, Vítor Gomes, Gil Galvão e Maria Lúcia Amaral e Carlos Pamplona de Oliveira.

Na sua declaração de voto, o Juiz Conselheiro Gil Galvão considera “*que nada na Constituição da República Portuguesa implica que a resolução de um contrato - ainda que de trabalho e por iniciativa do empregador - seja considerada uma sanção e, como tal, esteja sujeita a um processo sancionatório coberto pelo seu artigo 32.º, n.º 10*”, afirmando igualmente que “*não existe qualquer alteridade na decisão disciplinar relativa a um contrato de trabalho de âmbito privado, decisão essa que, em caso algum, é uma decisão de «terceiro»*”. Também os juízes Vítor Gomes e José Borges Soeiro (Relator) partilharam desta opinião.

Na comparação realizada pelo TC do procedimento disciplinar a um processo sancionatório, a Juiz Conselheira Maria Lúcia Amaral vota vencida, por considerar que “*onde a Constituição não distingue (entre «processos levantados por entidades públicas e processos levantados por entidades privadas») não deve o legislador ordinário*

⁶⁴ Sobre a inconstitucionalidade com força obrigatória geral: “*De acordo com o art. 282 da CRP, a declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral afeta a norma sobre a qual incide, retira-lhe efetividade, destrói-a, impedindo designadamente os particulares de a invocar nos atos jurídico-privados ou em tribunal e veda ao tribunal a sua aplicação, tudo com efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional*”, in Lopes, Sónia Kietzmann. *Notas Práticas sobre o Procedimento Disciplinar e a Ilícitude e Irregularidade do Despedimento Disciplinar*, in *Prontuário do Direito do Trabalho*, n.º 87, coord. Sónia Kietzmann Lopes, Centro de Estudos Judiciários, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p. 259.

⁶⁵ Ac. publicado no Diário da República, 1.ª série, de 08.11.2010 (n.º 338/10, de 22.09), disponível em <https://dre.pt/pesquisa/-/search/309052/details/maximized>, consultado em 03/05/2018.

distinguir”, por não entrever na Constituição qualquer “*equiparação entre o estatuto do trabalhador (alvo de processo disciplinar) e o estatuto do «arguido»*”.

Também o Juiz Conselheiro Pamplona Oliveira entende “*que a norma do n.º 1 do artigo 356.º do Código do Trabalho não ofende qualquer preceito do princípio constitucional, designadamente os artigos 32.º, n.º 10, e 53.º da Constituição*”.

O Juiz Conselheiro Rui Moura Ramos vota vencido, pois considera que a salvaguarda constitucional do direito de defesa do trabalhador encontra previsão na resposta à nota de culpa e na necessidade de o empregador fundamentar a decisão de despedimento. Considera ainda, que caso o empregador opte por não realizar as diligências instrutórias requeridas pelo trabalhador, este poderá sempre impugnar judicialmente a decisão e aí, em sede de audiência, requerer as diligências probatórias que o ilibam, entendendo que se as provas “*se realizarem em tribunal e o seu sentido for favorável ao trabalhador, o erro da decisão disciplinar irá projetar-se na derrota judicial do empregador e nas consequências económicas e empresariais que daí decorrem. O risco do erro de uma eventual não realização das diligências probatórias requeridas pelo trabalhador corre, pois, judicialmente, por conta do empregador*”.

II – A decisão do Ac. do TC n.º 338/10 sobre a aplicação do artigo 32.º, n.º 10 da CRP ao procedimento disciplinar

Apesar da norma presente no art. 32.º da CRP ter como epígrafe “Garantias em processo criminal”, o n.º 10 dessa norma menciona que em “*quaisquer processos sancionatórios, são assegurados ao arguido os direitos de audiência e defesa*”.

Da aplicação do art. 32.º, n.º 10 da CRP ao procedimento disciplinar, o TC reconheceu que “*a Constituição não distingue a que processos que culminam numa sanção é aplicável ou não o aludido normativo (...). Não distinguindo a Constituição, não o pode fazer o legislador ordinário*”. Daqui o TC considerou que a aplicabilidade desta norma constitucional tem lugar não apenas no âmbito do procedimento público, mas também enquanto procedimento no âmbito privado, nomeadamente, nas relações provenientes de uma relação contratual laboral privada, relatando na sua decisão que “*estando em causa normas em matéria de «disciplina interna» de uma empresa, e sendo inquestionável a*

natureza sancionatória da consequência a aplicar ao comportamento do trabalhador, não se vê como não concluir pela relevância do procedimento sancionatório, para os efeitos do disposto no artigo 32.º, n.º 10, da Constituição da República”⁶⁶.

Posto isto, e não indagando o TC sobre a natureza sancionatória do procedimento disciplinar, considerou que a norma constante do “*artigo 356.º, n.º 1, do Código do Trabalho (2009) viola as garantias de defesa aplicáveis a qualquer processo sancionatório, à luz do artigo 32.º, n.º 10, da Constituição da República Portuguesa. (...) Além disso, da garantia à segurança no emprego, prevista no artigo 53.º da Constituição, decorre que o despedimento deve satisfazer exigências procedimentais*”⁶⁷.

Ainda que não se preveja uma fiel correspondência entre as garantias de defesa do arguido no processo penal e a garantias de defesa do trabalhador no procedimento disciplinar, é fácil alcançar que nos procedimentos sancionatórios existe sempre um elemento comum: de um dos lados encontramos sempre uma entidade pública⁶⁸, elemento que não se verifica no caso do procedimento disciplinar no âmbito do sector privado. Ora, isto poder-nos-ia levar a considerar, tal como consideraram os juízes conselheiros que votaram vencidos, que se a Constituição não prevê qualquer equiparação entre o procedimento disciplinar laboral e o processo sancionatório, logo tal não é de se fazer. Contudo, consideramos que não se trata de uma questão de resposta simples, pela negativa ou pela positiva, mas de uma situação que nos merece uma reflexão mais aprofundada para uma resposta ponderada.

Em nossa modesta opinião, não ignorado o facto de considerarmos que a fase de instrução do procedimento disciplinar não desempenha uma função típica da fase de instrução no processo penal, que permite a audição dos factos e a produção de prova perante entidade terceira e que a audição por escrito do trabalhador na resposta à nota de culpa já consagra o cumprimento do princípio do contraditório, não olvidamos que estamos perante uma fase em que o empregador é julgador e ao mesmo tempo presumível vítima de uma

⁶⁶ Ac. TC n.º 338/2010, de 22 de setembro, processo n.º 135/09.

⁶⁷ Sobre o aresto do TC v.g. Ramalho, Maria do Rosário Palma. *Op. cit.*, 2014, p. 984, “o Tribunal entendeu que o carácter não obrigatório da instrução punha em causa as garantias de audiência e defesa dos arguidos em processos sancionatórios, o que, no caso concreto, colidia ainda com o princípio da segurança no emprego, por facilitar o despedimento”; Fernandes, Francisco Liberal. *O Acórdão n.º 338/10 do Tribunal Constitucional: a instrução em processo disciplinar laboral e a adaptabilidade grupal*. Questões Laborais n.º 38, Ano XVIII, Grupo Wolters/Kluwer Portugal, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, pp. 211 a 227; Lopes, Sónia Kietzmann. *Op. cit.*, 2010, pp. 258 a 260.

⁶⁸ Como exemplo, a Autoridade para a Segurança Alimentar e Económica, a Autoridade para as Condições do Trabalho, a Agência Portuguesa do Ambiente, entre outras).

conduta condenável por parte do trabalhador. Assim, dúvidas não restam quanto à admissão de uma analogia do procedimento disciplinar com o processo sancionatório, por ora, no que diz respeito aos procedimentos disciplinares no âmbito do setor público⁶⁹ pelo facto de estes terem previsão constitucional⁷⁰, como iremos ver no último capítulo da presente dissertação.

Apesar disso, concordamos com a versão plasmada pelo TC no ac. 338/2010, por também não nos parece descabida uma analogia entre o direito sancionatório típico do processo penal e o direito presente no procedimento disciplinar laboral.

Ademais, porque ambos têm origem na violação das regras que se encontram estabelecidas, que são do conhecimento das partes, ainda que no procedimento laboral essas regras decorram não da lei penal, mas do direito laboral e do previamente acordado entre as partes, quer revista esse acordo carácter público (lesando todos nós), quer revista carácter privado (lesando, em princípio, apenas as partes).

Ainda que se considere que, em última *rácio*, sempre poderá a parte que se visa lesada quanto à forma como decorreu o procedimento disciplinar ou quanto à existência ou não de justa causa para sancionar, recorrer à resolução judicial. Contudo, esta solução apresenta-se, no geral, como pouco vantajosa, pois tem-se vindo a verificar nos últimos anos que o recurso frequente à via judicial como forma de fazer valer os direitos suprimidos durante o procedimento disciplinar, revela-se não apenas como um meio demasiado dispendioso, não apenas para os intervenientes, mas também para todos nós, como também num meio que transmite demasiada insegurança ao trabalhador. Como forma de colmatar este impasse o direito laboral tem sido alvo de inúmeras regulamentações, não apenas na legislação especial, mas também no âmbito das CCT, visando, tal como as sanções penais, a prevenção geral e a prevenção especial.

Destarte, perfilhamos não apenas a ideia de FERNANDES, LIBERAL (FERNANDES, FRANCISCO LIBERAL: 2011, p. 218), quando afirma que “*da declaração de inconstitucionalidade do art. 365.º, n.º 1, decorre que a instrução é uma fase necessária*

⁶⁹ Compete ao instrutor do processo, tomar as medidas necessárias com vista ao apuramento da verdade, através da audição do arguido/trabalhador, do participante e das testemunhas, bem como ordenar a realização de exames e outras perícias técnicas. Sendo o procedimento disciplinar um procedimento especial de natureza sancionatória, o instrutor do processo deve estar ciente das diligências probatórias necessárias, sob pena de, caso as não realize, incorrer em vício procedimental. Matéria regulada pela Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas, Lei 35/2014, de 20 de junho, disponível em <http://www.pgdlisboa.pt>, consultado em 03/05/2018.

⁷⁰ Art. 266.º e ss da CRP.

em qualquer processo disciplinar e que essa obrigatoriedade constitui um corolário da eficácia objetiva dos direitos consagrados no art. 32.º, n.º 10, da CRP”, como a fundamentação apresentada por RAMALHO, MARIA DO ROSÁRIO PALMA, que enquadra o procedimento disciplinar como processo sancionatório ao mencionar que “o processo para despedimento disciplinar é um processo sancionatório, porque nele está em causa a aplicação de uma sanção disciplinar (na verdade, a sanção disciplinar mais grave do despedimento), ao abrigo de um poder laboral com natureza sancionatória – o poder disciplinar. Assim sendo, são genericamente extensíveis os direitos de audiência e defesa, contantes do art. 32.º”.

Ademais, consideramos que a posição apresentada pelo TC protege o trabalhador numa altura crucial do procedimento disciplinar, onde a realização de diligências probatórias se afigura como determinante para a descoberta da verdade, dada a natureza dos factos ser, na maioria dos casos, maioritariamente testemunhal e não documental.

Em modo de conclusão, quanto à consagração da necessidade de instrução, não obstante não abraçarmos a opinião de SOUSA, JOÃO VILAS BOAS DE, que considera como necessário a realização de uma instrução prévia à comunicação da nota de culpa, devendo igualmente dar-se conhecimento ao trabalhador do início da instauração do procedimento, à imagem do que prevê o Código do Trabalho Francês⁷¹, na figura jurídica do “*Conseiller du salarié*”, segundo o qual, quando o empregador dá início aos trabalhos no âmbito do procedimento disciplinar, convoca o trabalhador para uma primeira audiência, onde poderá estar acompanhado de qualquer pessoa, de forma a “*assegurar a sua defesa e a legalidade do procedimento*”⁷², assumimos que se trata de um fase que dada a enorme importância que assume na garantia de defesa dos direitos do trabalhador, deverá ser uma fase obrigatória e nunca facultativa, pois isso seria deixar na mão do presumível lesado a decisão de permitir ou não que o alegado infrator se pudesse defender.

⁷¹ Arts. L1232 -7 e L1332-2 do *Code du Travail*.

⁷² Sousa, João Vilas Boas de. *O procedimento disciplinar para aplicação de sanções conservatórias: doutrina, jurisprudência, minutas, quadros*, in *Revista Vida Económica*, Porto, 2014, p. 49.

Na sequência do Acórdão n.º 338/2010, de 22 de setembro, o legislador “*repôs a obrigatoriedade da fase de instrução, nos moldes previstos no Código de Trabalho de 2003 (art. 356.º ns. 1 e 3), revogou o art. 356.º n.º 2 e o art. 357.º n.º 3 (por inutilidade superveniente), e nem sequer manteve a dispensa da fase instrutória nas microempresas, que constara do Código do Trabalho de 2003*” (RAMALHO, MARIA DO ROSÁRIO PALMA, 2014: p. 984), na Lei n.º 23/2012, de 25 de junho

A declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória legal do art. 356.º, n.º 1 do CT, determinou a repriminção das normas que a norma declarada inconstitucional revogou, *i.e.*, a repriminção da norma presente no n.º 1 do art. 414.º do CT2003, deixando um vazio legal na norma a aplicar quanto às situações que não encontravam previsão na norma referida, implicando o alargamento do âmbito de aplicação do n.º 2 – que diz respeito às situações de trabalhadoras grávidas, puérperas ou lactantes e de trabalhadores em gozo de licença parental – aos casos em que se mantinha a obrigatoriedade do empregador realizar as diligências probatórias requeridas pelo trabalhador na resposta à nota de culpa⁷³.

VASCONCELOS, JOANA, designa a este modelo de instrução como “intermédio”⁷⁴, apontando-lhe vários vícios de natureza procedimental. A Autora refere, por exemplo, que as situações de recusa ou deficiente realização de diligências probatórias requeridas pelo trabalhador na nota de culpa, consubstancia um vício na instrução, uma vez que o n.º 3 do art. 387.º impõe que se proceda à verificação e procedência dos fundamentos invocados para o despedimento, sob pena do procedimento ser considerado improcedente⁷⁵, responsabilizando o empregador, que omite diligências instrutória devidas, ao pagamento de uma indemnização “*correspondente a metade do valor que resultaria da aplicação do n.º 1 do art. 391.º*”⁷⁶ ou no caso de despedimento imotivado, no âmbito do qual não se vislumbra a existência de uma causa de invalidade, mas sim como agravante na “*valoração na fixação dos montantes da indemnização a atribuir ao*

⁷³ Martins, Pedro Furtado. *Op. cit.*, 2012, p. 221.

⁷⁴ Vasconcelos, Joana. *Procedimento para despedimento por facto imputável ao trabalhador*, in Revista de Direito e de Estudos Sociais, Ano LIII (XXVI da 2ª Série), nºs. 1-2, CEJ, Lisboa, 2012, p. 170.

⁷⁵ Vasconcelos, Joana. *Op. cit.*, 2012, p. 171.

⁷⁶ Artigo 389.º do CT2009 - Efeitos da ilicitude de despedimento.

trabalhador, nos termos do art. 389.º, n.º 1 al. a), ou 391.º, n.º 1” (VASCOCELOS, JOANA, 2012: p. 171).

Após a declaração de inconstitucionalidade do art. 356.º, n.º 1, a nova redação adotada *“na Lei n.º 23/2012, deu origem ao art. 356.º, repondo-se a afirmação da obrigatoriedade da instrução em todos os procedimentos e eliminando-se por isso, o n.º 2 da versão original”* (MARTINS, PEDRO FURTADO, 2012: p. 221).

A Lei n.º 23/2012, de 25 de junho veio alterar a redação do art. 356.º, permanecendo como obrigatória a fase de instrução. O empregador unicamente pode deixar de realizar as diligências probatórias requeridas pelo trabalhador se as considerar evidentemente dilatórias ou impertinentes, decisão que terá que ser alegada e fundamentada por escrito e cujo incumprimento se concretiza num vício procedimental, desencadeando a declaração de ilicitude ou irregularidade do despedimento.

Secção III – As garantias de defesa do trabalhador na fase instrução

Em face da análise do TC, que declara inconstitucional a realização facultativa da instrução, vejamos se é possível que as garantias de defesa do trabalhador possam assim sair prejudicadas.

A simplificação da instrução, foi considerada por BAPTISTA, ALBINO MENDES, como *“uma opção legislativa que se respeita, mas com a qual, no essencial, e dados os termos em que é efetuada, não se concorda”*⁷⁷.

Contudo, antes de perfilharmos esta opinião, gostaríamos de expor algumas das medidas adotadas pelo legislador que, perante uma instrução facultativa, pretendeu no CT2009, salvaguardar as garantias de defesa dadas ao trabalhador no procedimento disciplinar.

Ora, se por um lado, se manteve a obrigatoriedade por escrito da comunicação da intenção de despedimento, por escrito, fazendo-a constar da nota de culpa e da qual deveria constar

⁷⁷ Baptista, Albino Mendes. *A Nova ação de Impugnação do Despedimento e a Revisão do Código de Processo de Trabalho*, Grupo Wolters/Kluwer Portugal, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p. 33.

a “*descrição circunstanciada dos factos*”⁷⁸ imputados ao trabalhador, por outro, o legislador manteve a obrigação de facultar a consulta do processo e consequentemente a possibilidade do trabalhador exercer o direito ao contraditório na resposta à nota de culpa, onde o trabalhador poderia expor por escrito “*os elementos que considera relevantes para esclarecer os factos e a sua participação nos mesmos, podendo juntar documentos e solicitar as diligências probatórias que se mostrem pertinentes para o esclarecimento da verdade*”⁷⁹ e bem assim, o legislador manteve igualmente a obrigação da decisão “*ser fundamentada e constar de documento escrito*”, “*comunicada, por cópia ou transcrição, ao trabalhador*”, “*não podendo ser invocados factos não constantes da nota de culpa ou da resposta do trabalhador*”⁸⁰, sob pena do procedimento disciplinar ser considerado inválido⁸¹.

Por outro, o legislador veio criar um conjunto de normas, no que respeita a procedimento judicial, previstas no Código Processo de Trabalho, como a ação com vista à impugnação judicial da regularidade e licitude do despedimento nos arts. 98.º - B e ss do CPT⁸², de que o trabalhador poderia lançar mão em caso de despedimento ilícito⁸³.

Esta ação possui um impulso processual bastante simplificado, bastando para tal, que o trabalhador preencha um formulário próprio, identificando as partes intervenientes no litígio, expondo os motivos da sua oposição e remetendo a cópia da decisão de despedimento enviada pelo empregador⁸⁴.

Igualmente em prol da garantia dos direitos de defesa do trabalhador perante uma instrução facultativa no procedimento disciplinar, esta nova ação de impugnação da

⁷⁸ Art. 353.º, n.º 1, *in fine* do CT2009.

⁷⁹ Art. 355.º, n.º 1 do CT2009.

⁸⁰ Art. 357.º, ns.º 4, 5 e 6 do CT2009.

⁸¹ Art. 382.º, n.º 2 “*O procedimento é inválido se:*

a) Faltar a nota de culpa, ou se esta não for escrita ou não contiver a descrição circunstanciada dos factos imputados ao trabalhador;

b) Faltar a comunicação da intenção de despedimento junta à nota de culpa;

c) Não tiver sido respeitado o direito do trabalhador a consultar o processo ou a responder à nota de culpa ou, ainda, o prazo para resposta à nota de culpa;

d) A comunicação ao trabalhador da decisão de despedimento e dos seus fundamentos não for feita por escrito, ou não esteja elaborada nos termos do n.º 4 do artigo 357.º ou do n.º 2 do artigo 358.º”.

⁸² O art. 98.º-B do CPT previsto no Decreto Lei n.º 480/99, de 09 de novembro foi aprovado na 4ª revisão pelo Decreto Lei 295/2009, de 13 de outubro.

⁸³ Como indica no preâmbulo do Decreto Lei n.º 295/2009 de 13 de outubro, que aprova a revisão do CPT, a nova ação de impugnação do despedimento foi criada no “*seguimento do proposto pelo Livro Branco das Relações Laborais*”.

⁸⁴ Art. 98.º - C, n.º 1 do CPT “*inicia-se com a entrega, pelo trabalhador, junto do tribunal competente, de requerimento em formulário eletrónico ou em suporte de papel, do qual consta declaração do trabalhador de oposição ao despedimento*”.

regularidade e da licitude do despedimento, pressupõe que o empregador esteja, por um lado, limitado aos factos constantes da decisão final de despedimento⁸⁵, e por outro, a imposição do ónus de provar a verificação de justa causa de despedimento, sem que, para tal, se possa recorrer da prova produzida no âmbito do procedimento disciplinar.

As novas normas contantes, tanto do CPT como do CT2009, são comprovadamente complementos da garantia de defesa do trabalhador, perante a faculdade dada ao empregador de realizar ou não a fase de instrução no procedimento disciplinar, *i.e.*, o legislador ao impor no art. 14.º do preâmbulo da Lei 7/2009, de 12 de fevereiro, que “*os ns.º 1, 3 e 4 do artigo 356.º, os artigos 358.º, 382.º, 387.º e 388.º, o n.º 2 do artigo 389.º e o n.º 1 do artigo 391.º entram em vigor na data de início de vigência da legislação que proceda à revisão do Código de Processo do Trabalho*”, estava a salvaguardar a posição de defesa dada ao trabalhador, garantido que todas as normas destinadas a salvaguardar a posição do trabalhador estavam ao seu alcance, facilitando a posição do trabalhador durante uma ação judicial.

O legislador claramente demonstrou que era sua intenção que os direitos do trabalhador não fossem protegidos numa fase em que não há qualquer intervenção judicial e logo sem qualquer garantia, transmitindo ao trabalhador uma falsa segurança de proteção, mas sim que os direitos fossem protegidos quando efetivamente o tribunal intervém, onde de facto poderia garantir uma fiel defesa dos direitos do trabalhador,

Importa ainda salientar que o legislador, nos termos do art. 387.º, n.º 4 do CT2009, previu que “*em casos de apreciação judicial de despedimento por facto imputável ao trabalhador, sem prejuízo da apreciação de vícios formais, o tribunal deve sempre pronunciar-se sobre a verificação e procedência dos fundamentos invocados para o despedimento*”. Ora, tanto assim é justo que, neste contexto, o TC renunciou-se dizendo que “[...] não é, seguramente, o facto de o trabalhador poder impugnar o despedimento, relegando para a fase jurisdicional a apresentação das suas provas, que minora a consequência de na resposta à nota de culpa não poder, de imediato, suscitar a audição de testemunhas. Aliás, a preterição eventual dos direitos de defesa do trabalhador para o momento jurisdicional pode até colocar definitivamente em causa o efeito útil de tais direitos. Imagine-se uma situação em que a urgência de uma inquirição se apresenta como absolutamente indispensável à valoração da bondade da decisão do despedimento

⁸⁵ Nos termos do art. 387.º, n.º 3 do CT e 98.º-J do CPT.

de um trabalhador e não admitir tal diligência probatória seria uma violação flagrante ao direito de defesa do mesmo trabalhador”.

Ora quanto à posição assumida pelo TC, não acolhemos, mas respeitamos. Consideramos que o facto de não se recolher a prova produzida no âmbito do procedimento disciplinar pode ter como consequência a inutilidade de tal obrigatoriedade. Ademais, não vislumbramos qualquer utilidade na recolha de prova numa fase do procedimento em que é o empregador que irá decidir se a mesma pode ou não ser considerada, se não for para posteriormente, em sede judicial, ser aproveitada.

Assim, perfilhamos a posição de BAPTISTA, ALBINO MENDES, que *“ao contrário da filosofia que perpassa o LBRL, entendo que a circunstância de estarmos face a um procedimento interno da empresa não deve significar a sua desvalorização, como resulta, a meu ver, nomeadamente, do considerando em que se forma “que, em caso de impugnação do despedimento, não dispensa, o empregador de demonstrar em juízo os factos de que decorre a justa causa invocada para fundamentar a cessação” (...) **dir-se-á de um modo mais correto, que não se sobrepõe à realizada em juízo**”*⁸⁶.

Assim, ao contrário do que o LBRL afirma, partilhamos da opinião que há uma especial vantagem em exigir que o empregador realize diligências probatórias, mesmo que as mesmas tenham que ser repetidas em sede judicial. Ademais, nunca seria uma repetição considerando que as circunstâncias da produção das mesmas são consideravelmente mais formais e só assim se poderá ter uma abrangência completa dos factos concretos e da verdade material⁸⁷.

Pelo exposto, consideramos ser determinante a realização da fase de instrução e a consequente produção de prova no procedimento disciplinar, como garantia das defesas do trabalhador, não só por uma questão de utilidade da mesma, como por uma questão de garantia em torno dos depoimentos, que por serem realizados num curto espaço de tempo em relação ao acontecimento, poderão revestir uma maior legitimidade e seguramente uma maior e mais rigorosa descrição da realidade, mas também, porque consideramos que o aproveitamento das diligências probatórias da fase de instrução poderá suscitar uma

⁸⁶ Baptista, Albino Mendes. *Op. cit.*, 2010, p. 35.

⁸⁷ Em sentido contrário, entre outros, Martins, Pedro Furtado. *Op. cit.*, 2012, e Xavier, Bernardo Lobo. *Manual do Direito do Trabalho*, 1ª ed., Verbo/Babel, Lisboa, 2012.

maior abrangência das matérias alvo de prova, e como tal, um maior aprofundamento dos factos praticados considerados ilícitos.

Importa salientar que estamos cientes que a existência de uma fase de instrução, apesar de contrariamente ao que se pretende com a celeridade dos processos, poderá “atrasar” todo o processo de despedimento. Contudo será um atraso que beneficia o trabalhador ou pelo menos, beneficia a descoberta da verdade.

Até porque, não esqueçamos, numa fase instrutória obrigatória, em matéria de celeridade, é o trabalhador aquele que mais sairá prejudicado, pois é quem que, desde logo, fica privado da sua retribuição e a quem o despedimento ilícito pode causar maiores danos, não apenas patrimoniais, mas também emocionais, sociais e familiares.

A garantia que se prevê dada por uma ação judicial deixa, o trabalhador dependente de um subsídio de desemprego, se a ele tiver direito, que na maioria dos casos é inferior ao vencimento que auferia, e com uma duração limitada, que poderá ser muito inferior ao tempo que a decisão transite em julgado.

Na maioria das vezes, perante o desgaste psicológico e a precariedade em que o trabalhador se encontra, não olvidando a enorme pressão exercida pelos tribunais para que as partes cheguem a um acordo, a segurança nos meios de defesa que se pretendia alcançar com a ação judicial de impugnação do despedimento, passa para o trabalhador a ter uma importância secundária comparada com o drama vivido no momento, facilitando assim o acordo, que na maioria das vezes não é benéfico para nenhuma das partes.

Resta-nos reconhecer, que perante um despedimento ilícito, a única forma de garantir a efetiva defesa do trabalhador, será a de apenas admitir o despedimento judicial ou em último caso, de admitir que o instrutor do processo fosse alguém nomeado pelo tribunal, eliminando completamente a instrução nos moldes em que a mesma atualmente consiste.

Para concluir entendemos que o procedimento disciplinar, com vista ao despedimento, deveria depender sempre, em qualquer uma das alternativas apresentadas, da intervenção judicial, conferindo ao mesmo uma garantia do cumprimento do princípio da igualdade de armas, retirando, tanto ao empregador como ao trabalhador a possibilidade de instrumentalizar o procedimento para proveito próprio, como aliás refere Albino Mendes Baptista, *“com preocupações de maior tutela do trabalhador, (...), então seria mais coerente retirar ao empregador a “arma” da instrução, que pode inclusivamente ser*

utilizada para dificultar o recurso do trabalhador à via judicial” (BAPTISTA, ALBINO MENDES, 2010: p. 39).

A valoração dos depoimentos das testemunhas arroladas

Em primeiro lugar, importa referir que o empregador, como aliás já se tem vindo a dizer, deve realizar as diligências probatórias requeridas pelo trabalhador *“a menos que as considere patentemente dilatórias ou impertinentes, devendo neste caso alegá-lo fundamentadamente por escrito”*⁸⁸. Contudo, fica por saber o que pode ser considerado como diligências patentemente dilatórias e impertinentes.

Segundo MARECOS, DIOGO VAZ⁸⁹ *“a Lei não descreve o que devemos entender por diligência probatória patentemente dilatórias ou impertinentes, contudo devemos entender que se tratam das diligências que não se relacionam nem com os factos imputados ao trabalhador, nem com os factos constantes da resposta à nota de culpa”*.

Todavia, o que importa considerar é a relevância que as diligências probatórias em falta poderão ter para a defesa do trabalhador.

Aqui chegados, resta-nos abordar a questão da admissibilidade dos depoimentos das testemunhas no âmbito do procedimento disciplinar. Isto porque é certo que se trata, à partida, na maioria dos casos, de factos reportados ao dia-a-a-dia da atividade laboral. Por isso, à partida, quando falamos em testemunhas que tiveram conhecimento dos factos, descritos como irregulares e abusivos, falamos de trabalhadores que, tal como o trabalhador acusado, laboram diariamente para o mesmo empregador.

Naturalmente que a lei, desde que cumpridos certos requisitos formais⁹⁰, obriga o empregador a realizar as diligências requeridas pelo trabalhador, e na maioria dos casos,

⁸⁸ Art. 356, n.º 1, *in fine* do CT.

⁸⁹ Marecos, Diogo Vaz. *“O despedimento por justa causa – procedimento*, in *Direito e Justiça – Estudos Dedicados ao Professor Doutor Bernardo da Gama Lobo Xavier*, vol. 2, Universidade Católica Editora, 2015, p. 24, n. 20.

⁹⁰ Nomeadamente os requisitos presentes no n.º 3, do art. 356.º do CT, donde a preterição do cumprimento de tais diligências constitui uma mera irregularidade, *i.e.*, o não cumprimento por parte do empregador ao limite de testemunhas constante do mencionado artigo, não conduzem à ilicitude do despedimento, desde que declarados procedentes os motivos justificativos do despedimento, estando nestes casos o trabalhador munido do direito à metade da indemnização legal que resultaria do n.º 1 do art. 391.º do CT.

salvo raras exceções, essas diligências probatórias se consubstanciam na recolha de prova testemunhal.

Apesar do dever de fundamentar a decisão de preterição de qualquer diligência probatória requerida pelo trabalhador, não são raros os casos em que o empregador apresenta uma fundamentação infundada, como se pode ver no caso julgado no Ac. do TRE, processo n.º 82/09.0TTEVR de 13/12/2011⁹¹. Neste caso o tribunal considerou ilícito o despedimento pelo facto do instrutor (empregador ou nomeado per este), durante o procedimento disciplinar, não ter inquirido uma testemunha requerida pela trabalhadora, fundamentado a sua decisão em considerar que tal depoimento não estaria isento por a testemunha ser namorado da trabalhadora.

Ora, para concluir, consideramos que a fase instrução nos moldes em que atualmente se realiza, leva à formação de uma situação em que as partes envolvidas, na descoberta da verdade, não dispõem de igualdade de armas para se defenderem, nomeadamente no que respeita à audição de testemunhas.

O empregador terá sempre, um última *rácio*, o domínio sobre o trabalhador/testemunha que decide contrariar os factos por ele alegados, adotando uma posição contrária à do empregador e proveitosa à do trabalhador/acusado. Na prática sabemos onde é que esta situação nos leva. Leva-nos a ponderar sobre a veracidade dos depoimentos prestados quando as testemunhas são trabalhadores do mesmo empregador, especialmente no âmbito do procedimento disciplinar onde não há qualquer intervenção judicial e tudo é feito pelo empregador “à porta fechada”.

⁹¹Disponível em <http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/134973db04f39bf2802579bf005f080b/913a647d0d65480080257de10056f81c?OpenDocument>, consultado em 14/05/2018.

Capítulo III – A tramitação do procedimento disciplinar no Código do Trabalho

As várias fases do procedimento disciplinar

O procedimento que tem em vista o despedimento disciplinar é regulado pela lei de uma forma mais detalhada que o procedimento disciplinar comum, o que se entende pela natureza gravosa da sanção a aplicar.

O Código de trabalho de 2009, para além das alterações sistemáticas introduzidas no procedimento disciplinar, alterou profundamente a fase de instrução, tornando-a facultativa. Só após a declaração de inconstitucionalidade desta norma (como exaustivamente abordado no capítulo anterior), pelo Ac. do TC n.º 338/2010, de 22 de setembro, é que a Lei n.º 23/2012, de 25 de junho, voltou a consagrar a referida fase como obrigatória.

De acordo com o previsto no Código de Trabalho, podemos identificar quatro fases distintas na marcha do procedimento disciplinar com vista ao despedimento,⁹².

- a fase da iniciativa processual (arts. 352.º, 353.º e 354.º);
- a fase da defesa do trabalhador (art. 355.º);
- a fase da instrução (art. 356.º);
- a fase da decisão final (art. 357.º).

I - A iniciativa processual

No âmbito da delegação de poderes, a iniciativa processual inicia-se com a tomada de conhecimento por parte do superior hierárquico⁹³, com competência disciplinar (cfr. n.º 4

⁹² Estrutura proposta por Ramalho, Maria do Rosário Palma. *Op. cit.*, 2014, p. 974.

⁹³ Estamos perante um mandato (cfr. arts. 1157.º e ss do CC), que segundo, Marecos, Diogo Vaz. *Prática e Procedimento do Processo Disciplinar – Do Mero Instrutor ao Advogado-Instrutor*, 2ª ed., Principia, Cascais, 2011, p. 24, “Este mandato será necessariamente com representação (cfr. arts. 1178.º e seguintes do Código Civil, ao qual se aplicam os artigos 258.º e seguintes do mesmo diploma, por força do n.º 1 daquele art. 1178.º), decorrendo automaticamente esses poderes de representação, no caso de instrutor

do art. 329.º) para tal, dos atos que foram cometidos pelo trabalhador e que indiciam um comportamento suscetível de consubstanciar uma infração disciplinar. O instrutor do procedimento é a pessoa que dá início à realização das diligências probatórias, necessárias para fundamentar a aplicação da sanção.

Após o conhecimento da infração, o empregador dispõe de 60 dias para dar início ao procedimento disciplinar (n.º 2 do art. 329.º). Ultrapassado este prazo, o procedimento disciplinar que aplique uma sanção ao trabalhador, é considerado ilícito (cfr. n.º 1 do art. 382.º)⁹⁴.

Há ainda que atender ao prazo de prescrição de um ano, contado a partir da data de instauração do procedimento disciplinar, quando durante esse prazo o trabalhador não seja notificado da decisão final (cfr. n.º 3 do art. 329.º).

Assim, o procedimento disciplinar *“inicia-se com a comunicação escrita ao trabalhador da intenção de despedimento, devendo esta comunicação ser acompanhada da nota de culpa com a descrição circunstanciada dos factos que lhe são imputados e que fundamentam a intenção de despedimento (art. 353.º, n.º 1)”*⁹⁵ (RAMALHO, MARIA DO ROSÁRIO PALMA, 2014: p. 975).

A comunicação da intenção de despedir e a nota de culpa têm que revestir a forma escrita (cfr. art. 353.º, n.º 1), sendo esta uma comunicação recetícia⁹⁶, ou seja, ela apenas produz efeitos a partir do momento em que seja do conhecimento do recetor.

Da nota de culpa tem que constar a descrição circunstanciada dos factos imputáveis ao trabalhador suscetíveis de integrar o conceito geral de justa causa, constante do art. 351.º,

que seja trabalhador do empregador, do seu contrato de trabalho. Atendendo ao n.º 2 do art. 262.º do Código Civil, a forma depende do negócio que deve ser realizado, pelo que, quando o procedimento disciplinar vise o despedimento, deve o mandato ser reduzido a escrito. Se não o for, é ineficaz a representação do empregador, a não ser que este venha a retificá-la (cfr. art. 268.º do Código Civil). A prova da ineficácia da representação incumbe ao trabalhador (cfr. n.º 1 do art. 342.º do Código Civil)”.

⁹⁴ Há que atender igualmente ao prazo geral de prescrição da infração, que nos termos do n.º 1 do art. 329.º, é de um ano a contar do momento em que teve lugar, podendo este prazo ser alargado se os factos praticados constituírem igualmente crime, aplicando-se neste caso os prazos prescricionais estabelecidos no Código Penal.

⁹⁵ A jurisprudência tem admitido que, ao contrário da interpretação literal que pode ser feita ao art. 382.º, n.ºs 1 e 2, al. b), admitindo como necessário o envio de dois documentos, a comunicação da intenção de despedir e a nota de culpa, é suficiente o envio de um só documento em *“que o trabalhador fique ciente da gravidade da sanção que o empregador pretende aplicar-lhe e, logo, não negligencie a sua defesa”* Lopes, Sónia Kietzmann. *Op. cit.*, 2010, p. 252.

⁹⁶ Nos termos gerais do art. 224.º, n.º 1 do CC. Contudo deverá ser considerada eficaz a comunicação que não foi recebida apenas por culpa do trabalhador. Neste sentido, entre outros, o Ac. STJ de 22/01/2015, que refere *“A decisão de despedimento produz igualmente efeitos e determina a cessação do contrato de trabalho quando, por culpa exclusiva do trabalhador visado, não foi por ele oportunamente recebida”*.

n.º 1 e das infrações disciplinares a que tais factos correspondem (art. 353.º, n.º 1, in fine), bem como a sanção a aplicar.

A descrição dos factos constantes da nota de culpa deve ser circunstanciada (cfr. art. 382.º, n.º 2, al. a), de maneira a que o trabalhador possa adequadamente defender-se dos factos de que está a ser acusado, pelo que, a falta da nota de culpa ou da descrição circunstanciada dos factos imputados ao trabalhador determinam a invalidade do procedimento e, consequentemente, a ilicitude do despedimento⁹⁷.

Na data da comunicação da nota de culpa, o empregador deve também remeter cópias à comissão de trabalhadores (se houver) e, caso o trabalhador seja representante sindical, à respetiva associação sindical (cfr. art. 353.º, n.º 2).

Conforme decorre do art. 354.º, n.º 1, com a notificação da nota de culpa, o empregador pode suspender o trabalhador quando considerar inconveniente a sua presença na empresa, mantendo, contudo, o pagamento da retribuição. Todavia, o n.º 2 do mesmo artigo, prevê a possibilidade desta suspensão poder ocorrer nos 30 dias anteriores ao envio da nota de culpa, se o empregador considerar que a presença do trabalhador frusta a verificação dos factos imputáveis a este.

O processo disciplinar pode ainda iniciar-se com um procedimento prévio de inquérito, previsto e nos termos do art. 352.º. Este procedimento poderá ser utilizado para fundamentar a nota de culpa. Tratando-se de “*um procedimento interno ao empregador, o trabalhador não tem acesso a ele*” (RAMALHO, MARIA DO ROSÁRIO PALMA, 2014: p. 978)⁹⁸ que terá lugar, inevitavelmente, antes do envio da nota de culpa.

⁹⁷ Ainda que a nota de culpa contenha factos descritos de forma deficiente, a jurisprudência tem entendido que tal não significa a invalidade do procedimento, nos casos em que o trabalhador haja entendido suficientemente aquilo que lhe é imputado e não tiver sido prejudicado nas suas garantias de defesa. *Vd.* in Lopes, Sónia Kietzmann. *Notas Práticas sobre o Procedimento Disciplinar e a Ilcitude e Irregularidade do Despedimento Disciplinar*, in *Prontuário do Direito do Trabalho*, n.º 87, coord. Sónia Kietzmann Lopes, Centro de Estudos Judiciários, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p. 253.

⁹⁸ Nesse sentido também Neto, Abílio. *Processo Disciplinar e Despedimentos – Jurisprudência e Doutrina*, 1ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2004, p. 282.

II - A defesa do trabalhador

Notificado da nota de culpa, o trabalhador tem 10 dias úteis⁹⁹ para, querendo apresentar a sua defesa (cfr. art. 355.º, n.º 1), proceder à consulta do processo, juntar documentos e requerer que sejam efetuadas diligências probatórias.

A doutrina tem entendido que, por um lado, a consulta prévia do inquérito não se estende à consulta da fase do inquérito preliminar¹⁰⁰, quando o trabalhador tenha tido dele conhecimento, por se tratar de um procedimento interno da empresa, utilizado quando o empregador tem dúvidas sobre a instauração do processo para despedimento e por outro, porque, apesar da lei não indicar tal obrigação, a obrigação de realização de inquérito preliminar, caso a entidade patronal o faça, poderá ou não facultar tal consulta ao trabalhador.

O TRC¹⁰¹ considerou que *“após a comunicação ao trabalhador da nota de culpa, este poderá ter acesso ao inquérito para melhor se defender, mas essa defesa respeita apenas ao teor da nota de culpa e não ao inquérito em si mesmo, que visou tão-só reunir elementos consubstanciadores da nota de culpa. Porém a lei apenas consagra como requisito essencial do processo disciplinar a audiência do trabalhador e não a consulta do processo prévio”*. Discordamos em absoluto com esta última posição, porque não devemos olvidar que a inclusão a nível constitucional do n.º 10 do art. 32.º da CRP, que faculta o direito de defesa no âmbito do procedimento disciplinar, conduziu à caracterização desse direito como um direito análogo aos direitos, liberdades e garantias, pelo que a não disponibilidade de todos os elementos que deram origem ao processo sancionatório implica a ofensa do conteúdo essencial de um direito fundamental, podendo originar a nulidade procedimental.

⁹⁹ O prazo pode ser alargado pelos instrumentos de regulamentação coletiva de trabalho, ainda que não seja displicente considerar que *“a natureza convénio-dispositiva da norma, por força da conjugação do art. 339.º, n.º 2 com o art. 3.º, n.º 1 e 5 do CT, coloca a questão de saber se as convenções coletivas de trabalho podem diminuir estes prazos. Parece, apesar de tudo, que tal não deverá ser admitido, sob pena de se comprometer o direito de defesa do trabalhador”*. Vd. in Ramalho, Maria do Rosário Palma. *Op. cit.*, 2014, p. 753, n. 307.

¹⁰⁰ Neste sentido Ramalho, Maria do Rosário Palma. *Op. cit.*, 2014, p. 981.

¹⁰¹ Ac. TRC de 10.05.2001, Processo n.º 340-2001, disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/f2deaff283edc76f80256a4f0043346c?OpenDocument>, consultado em 17/05/2018.

Segundo parte da jurisprudência, torna-se necessário que se apliquem subsidiariamente as regras da lei processual penal, que se destinam a garantir o direito de defesa do alegado infrator, começando pelas regras que assegurem um justo e imparcial tratamento, que no caso concreto, poderá ser interpretado na forma de permitir ao trabalhador a consulta de tudo o que foi recolhido e apurado no âmbito do procedimento prévio do inquérito¹⁰².

Todavia, o ponto fulcral da defesa do trabalhador consiste na resposta à nota de culpa. A resposta deve revestir a forma escrita e deve ser remetida ao empregador no prazo de 10 dias úteis (cfr. art. 355.º, n.º 1) a contar da data do recebimento da nota de culpa.

Como a legislação laboral não obriga o trabalhador a responder à nota de culpa, este não pode ser penalizado se o não fizer, nem este facto pode consubstanciar qualquer confissão da sua parte. A opção por não responder poderá ser interpretada como forma de estratégia, isto porque, uma vez que não estamos perante uma ação judicial, o exercício do contraditório não se encontra judicialmente assegurado e como tal, poderá o trabalhador optar por apenas se pronunciar em tribunal¹⁰³.

A resposta à nota de culpa consubstancia igualmente uma declaração recetícia, tornando-se eficaz apenas quando chega ao conhecimento do destinatário (cfr. art. 224.º do CC).

Constitui contraordenação grave¹⁰⁴ o desrespeito pelo direito do trabalhador à consulta do processo, como forma deste, devidamente, responder à nota de culpa. Esta postura por parte do empregador tem como consequência a invalidade do procedimento (cfr. n.º 1 e al. c) do n.º 2 do art. 382.º).

O trabalhador deve, na resposta à nota de culpa, juntar os documentos que considere pertinentes à sua defesa e requerer as diligências probatórias que, do seu ponto de vista, considera indispensáveis ao esclarecimento da verdade (cfr. art. 355, n.º 1, *in fine*).

III - A fase da instrução

Oferecida, ou não, a defesa por parte do trabalhador, inicia-se a fase instrutória do procedimento disciplinar. O Código do Trabalho de 2009 tentou inserir modificações

¹⁰² Neste sentido também Marecos, Diogo Vaz. *Op. cit.*, 2011, p. 32.

¹⁰³ Com a mesma opinião temos Marecos, Diogo Vaz. *Op. cit.*, 2011, p. 33.

¹⁰⁴ Considerada como muito grave no caso de trabalhador sindical (art. 355.º, n.º 2).

significativas nesta fase do procedimento disciplinar, nomeadamente no que respeita à sua obrigatoriedade¹⁰⁵. Como já amplamente exposto no capítulo anterior da presente tese, na revisão do CT de 2009 o legislador decidiu tornar facultava a fase de instrução, excetuando-se as situações em que estava em causa o despedimento disciplinar de trabalhadora grávida, puérpera ou lactante ou de trabalhador em gozo de licença parental.

A extinção da regra tradicional da obrigatoriedade de instrução visava dois objetivos: a celeridade do procedimento e a redução de “*fontes de impugnação do despedimento com fundamento em irregularidades do procedimento*” (RAMALHO, MARIA DO ROSÁRIO PALMA, 2014: p. 983). Deixando o empregador na posição de decidir ou não a realização da fase de instrução.

Ora, como amplamente exposto no capítulo anterior, tal norma foi considerada pelo TC, no Ac. n.º 338/2010, de 22 de setembro, como inconstitucional, com fundamento na violação do art. 32.º n.º 10 da CRP concluindo o referido tribunal, que o carácter facultativo desta fase punha em causa as garantias de defesa dos trabalhadores, em analogia com o regulado para os processos sancionatórios.

Assim, no seguimento deste Acórdão, a Lei n.º 23/2012, de 25 de junho, veio repor a obrigatoriedade da fase de instrução nos moldes previstos no art. 356.º, ns.º 1 e 3 do CT2003, revogando o art. 356.º, n.º 2 e 357.º, n.º 3.

Após receber a resposta à nota de culpa, o empregador deve analisar as provas requeridas pelo trabalhador e realiza-las, à exceção das que considere patentemente dilatórias ou impertinentes¹⁰⁶, caso em que terá de ser feita comunicação ao trabalhador de forma escrita e fundamentada e anexada aos autos (cfr. n.º 1 do art. 356.º).

O empregador não é obrigado a ouvir mais do que três testemunhas por cada facto descrito na nota de culpa, nem a ouvir mais de 10 testemunhas no total das diligências probatórias.

¹⁰⁵ A fase de instrução era, desde o art. 10.º, n.º 5 da LCCT e do art. 414.º do CT2003, uma fase de realização obrigatória.

¹⁰⁶ O conceito de impertinente é bastante vago. Tais diligências podem, nos termos gerais, passar pela junção de documentos, indicação de testemunhas ou a realização de exames periciais. Contudo, a avaliação da sua pertinência é exclusivamente da responsabilidade do empregador. A doutrina considera como prova impertinente, “*a entrega de cópia da gravação de vídeo do atendimento realizado por trabalhadora arguida numa superfície comercial, obtida por meio de vigilância à distância, e requerida na resposta à nota de culpa, porquanto semelhante entrega poderá permitir a divulgação de procedimentos internos de segurança do empregador, os quais se pretendem manter confidenciais.(...) Não é impertinente a diligência de prova que se consubstancia na inquirição de testemunhas requeridas pelo trabalhador arguido que não tem nenhum vínculo jurídico com o empregador*”, vd. in Marecos, Diogo Vaz. *Op. cit.*, 2011, p. 35, ns. 46 e 47.

Cabe ao trabalhador promover pela comparência das testemunhas por si indicadas, nos termos do art. 356.º, n.º 4.

Finda a fase de diligências probatórias, o empregador deve proceder ao envio da cópia integral do procedimento disciplinar, à comissão de trabalhadores, se existir, e ao sindicato, se o trabalhador for dirigente sindical, podendo estes pronunciarem-se no prazo máximo de cinco dias úteis, juntando ao processo o seu parecer fundamentado¹⁰⁷ (cfr. art. 356.º, n.º 5), bem como à CITE, no caso de se tratar de procedimento disciplinar com intenção de despedimento de uma trabalhadora com a qualidade de grávida, puérpera ou lactante ou a de trabalhador em gozo de licença parental (cfr. art. 63.º, n.º 1). A CITE deve comunicar o seu parecer no prazo de 30 dias subsequentes à receção do processo, considerando-se favorável se o mesmo não for recebido dentro do prazo previsto (cfr. n.º 4 do mesmo artigo). De resto, é importante salientar que a solicitação do parecer é obrigatória, configurado a sua falta uma situação de invalidade do despedimento, conforme decorre do art. 381, al. d).

Por último, deve referir-se que no caso de parecer desfavorável da CITE, *“ao contrário do que acontece com os pareceres da comissão de trabalhadores ou da associação sindical, este parecer tem carácter vinculativo e eficácia suspensiva sobre o despedimento, que passa, necessariamente, a ser um despedimento judicial”* (RAMALHO, MARIA DO ROSÁRIO PALMA, 2014: p. 988).

IV - A fase da decisão final

Após a produção de prova e a junção ao processo do parecer pelas entidades competentes, se esse for o caso, o empregador deverá comunicar, no prazo de 30 dias a decisão final sobre o despedimento. Não o fazendo, caduca o direito de aplicar a sanção, conforme decorre do art. 357.º, n.º 1¹⁰⁸.

¹⁰⁷ Apesar de não resultar claro da lei, segundo Ramalho, Maria do Rosário da Palma. *Op. cit.*, 2014, p. 987, não se trata de um parecer vinculativo. No mesmo sentido vai Martins, Pedro Furtado. *Op. cit.*, 2012, p. 227.

¹⁰⁸ O prazo estabelecido no art. 357.º, n.º 1, desde sempre levanta dúvidas na jurisprudência, quanto ao facto de este prazo compreender somente a prolação da decisão ou também a tomada de conhecimento da decisão pelo trabalhador. Partilhamos os argumentos invocados por Lopes, Sónia Kietzmann. *Op. cit.*, 2010, p. 265, que entende que o prazo apenas diz respeito ao ato da prolação da decisão. Em sentido idêntico encontra-se o Ac. do TRE, de 28/11/2007, processo n.º 7018/2007-4, disponível em

No que concerne ao conteúdo e forma da decisão de despedimento, o empregador terá que cumprir com o estipulado nos ns.º 4 e 5, do art. 357.º, fundamentando a sua decisão e enunciando os factos constituintes de justa causa em documento escrito, não podendo invocar factos que não constem da nota de culpa, ou da resposta do trabalhador salvo se estes factos atenuarem a sua responsabilidade (cfr. art. 357.º, n.º 4), aspeto que “*evidência a importância central da nota de culpa no processo de despedimento*” (RAMALHO, MARIA DO ROSÁRIO PALMA, 2014: p. 991).

A decisão fundamenta deve ser remetida ao trabalhador, e, mais uma vez, se for o caso, à comissão de trabalhadores, à associação sindical, nos termos do art. 357.º, n.º 6, com exceção das microempresas, casos em que o art. 358.º dispensa essa formalidade.

A lei fixa como prazo para a cessão efetiva do contrato de trabalho, o momento em que a comunicação chega ao conhecimento do trabalhador. Se, por ventura, tal comunicação não chegar ao conhecimento do trabalhador ou não for oportunamente por ele recebida, por sua culpa, a lei considera, ainda assim, eficaz tal comunicação (cfr. art. 357.º, n.º 7).

Por último importa referir que após a comunicação do despedimento, o trabalhador tem 60 dias a contar da data da comunicação para interpor uma ação de impugnação judicial da regularidade e licitude do despedimento, nos termos dos arts. 34.º, n.º 4 e 98.º-C, n.º 2 do CPT e art. 387.º do CT., podendo ainda o trabalhador, segundo o estabelecido no art. 386.º, no prazo de 5 dias úteis, apresentar ao tribunal competente um procedimento cautelar de suspensão do despedimento, requerendo, como providência, a suspensão preventiva do seu despedimento.

<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/e6e1f17fa82712ff80257583004e3ddc/882269b4681ce743802574090051a1b2?OpenDocument>, consultado em 23/05/2018 e em sentido contrário o Ac. do TRC, de 08/11/2007, processo n.º 120/07.0TTCVL.C1, disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/0/a3fa9c6732a21208802573b400527d08?OpenDocument>, consultado em 23/05/2018.

Capítulo IV – O procedimento disciplinar no direito comparado

Enquadramento prévio

Concluído o estudo sobre a instrução no procedimento disciplinar previsto para o setor privado em Portugal, consideramos ser de interesse académico tratar desta temática a nível internacional, no que ao Direito Comparado respeita.

Considerámos pertinente que na escolha dos regimes se optasse por regimes cuja comparação releva, nuns casos por serem substancialmente diferentes e noutros por se tratarem de regimes cujas particularidades justifiquem a sua menção.

Assim, iremos proceder à análise do procedimento disciplinar, em particular da fase de instrução, nos regimes jurídicos italiano, espanhol, francês e inglês.

Quanto à generalidade do direito laboral, podemos dizer que na grande maioria dos ordenamentos jurídicos são aplicadas idênticas disposições legais, o que não se apresenta como surpreendente, considerando que todos estes ordenamentos são estados de direito democrático e por isso as normas existentes visam tendencialmente a proteção da dignidade da pessoa humana e o livre desenvolvimento da personalidade sendo de considerar que *“em todos, de uma forma ou de outra, aparecem reconhecidos ao trabalhador, no âmbito da sua relação de trabalho, idênticos direitos”* (ABRANTES, JOSÉ JOÃO NUNES, 1999: p. 109), pese embora se verifiquem algumas particularidades em cada um desses ordenamentos e que iremos estudar em seguida.

Iniciamos o estudo abordando o procedimento disciplinar como um todo praticado e finalizamos particularizando a fase de instrução e as garantias de defesa dadas ao trabalhador em cada um dos ordenamentos estudados.

Como referimos anteriormente no Capítulo II da presente dissertação, a propósito da evolução da fase de instrução, a nível internacional a Convenção n.º 158 da OIT de 1982 relativa à cessação do contrato de trabalho por iniciativa do empregador, refere no seu artigo 7.º que *“um trabalhador não deverá ser despedido por motivos ligados ao seu comportamento ou ao seu trabalho antes de lhe terem facultado a possibilidade de se defender contra as alegações formuladas, salvo se não se puder razoavelmente esperar*

que o empregador lhe faculte essa oportunidade”. Contudo, a convenção não indica qual a forma de defesa que o trabalhador dispõe para fazer valer os seus direitos.

Assim, na recomendação n.º 166¹⁰⁹, de 1982, encontramos as orientações relativas aos procedimentos a observar pelo empregador antes de um despedimento.

Em março de 1996, em Estrasburgo, foi adotada a CSE¹¹⁰, prevendo o art. 24.º o “*Direito à proteção em caso de despedimento*”¹¹¹.

Em dezembro de 2000 foi formalmente adotada a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, na cidade de Nice, pelo PE, CE e pela Com. Eur.. Contudo, só em 2009, com a entrada em vigor do tratado de Lisboa, é que a Carta passou a ter efeito vinculativo, semelhante aos Tratados.

Apesar da CDFUE ser considerada por muitos como um tremendo instrumento de defesa dos direitos do Homem, em nenhum artigo se encontra referência aos direitos de defesa do trabalhador em caso de procedimento disciplinar¹¹².

¹⁰⁹ As Recomendações são instrumentos normativos dirigidos aos Estados Membros sem carácter vinculativo e as Convenções são instrumentos multilaterais com carácter vinculativo que podem ser ratificadas pelos Estados Membros. *Vd. in* Ramalho, Maria do Rosário Palma. *Tratado do Direito do Trabalho – Parte I – Dogmática Geral*, 3ª ed., Almedina, Coimbra, 2012, p. 191.

¹¹⁰ A Carta Social Europeia Revista, foi aberta à assinatura em 3 de maio de 1996, publicada no Decreto do Presidente da República n.º 54-A/2001 de 17 de outubro, com depósito do instrumento de ratificação por Portugal em 30 de maio de 2002. Disponível em http://www.dgpj.mj.pt/sections/relacoes-internacionais/copy_of_anexos/carta-social-europeia8496/, consultado em 15/05/2018.

¹¹¹ Art. 24.º da CSE “*Com vista a assegurar o exercício efetivo do direito à proteção em caso de despedimento, as Partes comprometem-se a reconhecer:*

a) *O direito de os trabalhadores não serem despedidos sem motivo válido ligado à sua aptidão ou comportamento, ou baseado nas necessidades de funcionamento da empresa, do estabelecimento ou do serviço;*

b) *O direito dos trabalhadores despedidos sem motivo válido a uma indemnização adequada ou a outra reparação apropriada.*

Para esse efeito, as Partes comprometem-se a assegurar ao trabalhador que considere ter sido objeto de uma medida de despedimento sem motivo válido direito de recurso contra essa medida perante um órgão imparcial”.

¹¹² A CDFUE penas prevê no art. 30.º a proteção do trabalhador em caso de despedimento sem justa causa.

De uma maneira geral, podemos dizer que o modelo seguido pelo regime jurídico italiano, no que respeita ao procedimento disciplinar laboral, é em grande parte semelhante ao regime português, embora possam ser observadas algumas particularidades.

A lei italiana, ao contrário da portuguesa, não prevê um Código de Trabalho nem um Código de Processo de Trabalho. Podemos encontrar algumas disposições referentes ao direito de trabalho no *Codice Civile*¹¹³ e no *Codice di Procedura Civile*¹¹⁴, respetivamente no Livro Quinto (*Del Lavoro*), nos arts. 2060.º e ss e no Livro II, Título IV (*Norme per le controversie in materia di lavoro*), arts. 409.º e ss.

As normas referentes ao direito de trabalho, concretamente ao processo disciplinar, presentes tanto no *Codice Civile* como no *Codice di Procedura Civile*, terão tido inspiração na L.¹¹⁵ n.º 604 de 15 de julho de 1966 (regras sobre os despedimentos individuais)¹¹⁶ e no *Statuto dei Lavoratori*¹¹⁷, onde se encontram previstos os atos obrigatórios a observar, no procedimento disciplinar.

Assim, o art. 7.º do *SL*, prevê a obrigação do empregador notificar por escrito o trabalhador da acusação por si formulada, devendo ouvir o trabalhador antes de tomar qualquer decisão¹¹⁸. O trabalhador pode ser assistido por representante sindical da associação a que pertença ou a quem tenha conferido mandato¹¹⁹. No caso de vir a ser aplicada uma sanção disciplinar, o trabalhador pode, nos 20 dias subsequentes à comunicação da decisão, com a colaboração da associação sindical, impugná-la junto do

¹¹³ *Regio Decreto 16 março 1942*. Com as alterações feitas pela L. 11 de janeiro de 2018, da L. 27 de dezembro de 2017, do D. Lgs. 13 de julho de 2017, n. 116 e do D. Lgs. 3 de julho de 2017. Disponível em <http://www.altalex.com/documents/codici-altalex/2015/01/02/codice-civile>, consultado em 16/05/2018.

¹¹⁴ *Regio Decreto 28 outubro 1940*. Com as alterações feitas pela L. 27 de dezembro de 2017, do D. Lgs. 13 de julho de 2017 e da L. 22 de maio de 2017. Disponível em <http://www.altalex.com/documents/codici-altalex/2015/01/02/codice-di-procedura-civile>, consultado em 16/05/2018.

¹¹⁵ No ordenamento jurídico Italiano a palavra “Lei” designa-se por “L”.

¹¹⁶ Atualizada na Lei 92/12 e disponível em <http://www.di-elle.it/leggi-voce-menu/115-l-604-66-norme-sui-licenziamenti-individuali-aggiornata-alla-l-92-12>, consultado em 16/05/2018.

¹¹⁷ L. 300, 20 de maggio 1979, disponível em <http://www.gazzettaufficiale.it/eli/gu/1970/05/27/131/sg/pdf>, consultado em 16/05/2018.

¹¹⁸ Cfr. art. 7.º do *SL* “*Il datore di lavoro non può adottare alcun provvedimento disciplinare nei confronti del lavoratore senza avergli preventivamente contestato l'addebito e senza averlo sentito a sua difesa*”.

¹¹⁹ Cfr. art. 7.º do *SL* “*Il lavoratore potrà farsi assistere da un rappresentante dell'associazione sindacale cui aderisce o conferisce mandato*”.

tribunal arbitral, permanecendo suspensa a decisão tomada pelo empregador até à pronúncia judicial¹²⁰.

No entanto, apesar da lei italiana não prever especificamente a obrigatoriedade de uma fase instrutória, as obrigações impostas pelo art. 7.º do *EL*, quando violadas, resultam na improcedência da decisão proferida pelo empregador.

Senão, vejamos o caso¹²¹ apresentado à *Corte di Appello*¹²² por um trabalhador que vê violados os seus direitos de defesa durante a fase de contraditório, no âmbito de um procedimento disciplinar. No caso, o tribunal de recurso confirmou a decisão do tribunal de primeira instância que deu provimento ao recurso interposto por um trabalhador contra a sua empresa, declarando a ilegitimidade do despedimento, condenando a empresa a pagar uma indemnização e a readmitir o trabalhador. Isto porque, fundamenta o trabalhador no seu recurso, o empregador não referiu expressamente que o procedimento em causa visava o seu despedimento. Ora, tal como na lei portuguesa, também a lei italiana prevê que comunicação ao trabalhador deve ser por escrito e deve conter as informações relativas ao motivo do despedimento, quais as normas violadas e qual a sanção a aplicar, de forma detalhada, com o objetivo de facultar ao trabalhador todos os meios necessários à sua defesa.

Acompanhando a tendência Europeia, a inobservância da comunicação por escrito, devidamente fundamentada e motivada por parte do empregador, importa a ineficácia do despedimento¹²³.

Concluindo, do regime jurídico italiano não se presume qualquer obrigação do empregador na realização das diligências probatórias requeridas pelo trabalhador, e tampouco prevê qualquer sanção para o caso deste decidir não as realizar.

¹²⁰ Cfr. art. 7.º do *SL* “*La sanzione disciplinare resta sospesa fino alla pronuncia da parte del collegio*”.

¹²¹ Disponível em <https://www.diritto.it/immediatezza-del-licenziamento-disciplinare-cass-n-266552013/>, consultado em 16/05/2018.

¹²² Comparado à nossa segunda instância dos Tribunais de Relação.

¹²³ Art. 2.º, n.º 3 da L. 604/66 de 15 de julho, que estabelece as regras sobre demissões individuais (atualizado na Lei 92/12).

II – França

O ordenamento jurídico francês encontra-se repleto de diplomas na área laboral, contando com um vasto conjunto normativo no que respeita à codificação laboral.

A 28 de dezembro de 1910 surgiu o primeiro Código do Trabalho¹²⁴ e desde então várias tem sido as suas alterações.

À luz da tendência europeia, atualmente o *Code du Travail*¹²⁵ prevê que a decisão de despedimento terá que ser comunicada ao trabalhador por escrito, devidamente fundamentada e motivada. Contudo, no que concerne ao procedimento disciplinar, encontramos diferenças significativas face ao regime previsto em Portugal.

O regime francês obriga a fundamentar a decisão de despedimento “*justifié par une cause réelle et sérieuse*”¹²⁶, deve ser precedida de uma audição prévia do trabalhador, convocada por envio de carta escrita, onde deverá constar o objetivo de tal audição e a possibilidade do trabalhador ser assistido por pessoa da sua confiança, pertencente à empresa ou por um “*Conseiller du Salarié*”¹²⁷. Durante a audiência preliminar o empregador deverá dar conta ao trabalhador das razões do seu despedimento e recolher as explicações dadas por este. Posteriormente, se o empregador estiver convicto da aplicação da sanção despedimento, o trabalhador é notificado por escrito da decisão e dos motivos em que o empregador fundamenta o despedimento.

Todavia, a legislação laboral francesa não faz qualquer referência à obrigação do empregador em realizar as diligências de prova, requerida pelo trabalhador ou quais os

¹²⁴ Intitulado *Code du travail et de la prévoyance sociale*.

¹²⁵ *Code du travail*, versão consolidada de 14 de maio de 2018. Disponível em <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006072050&dateTexte=20180516>, consultado em 16/05/2018.

¹²⁶ Motivo real e sério – tradução nossa – do art. L1232 – 1 do *Code du Travail*, na sua redação actual.

¹²⁷ Cfr. art. L1232-4 do *Code du Travail*. O instituto do *Conseiller du Salarié* foi criado em 1991 e permitiu que nas pequenas empresas fosse assegurado o direito de assistência aos trabalhadores nas situações de procedimento disciplinar conducente ao despedimento. O papel desta figura revela-se crucial na assistência à matéria alvo do despedimento, avaliando, durante as várias etapas do procedimento, o papel das partes conducentes à defesa dos interesses do trabalhador. Esta figura suscitou numerosas críticas porque além de ter tornado o procedimento disciplinar mais moroso e dispendioso, a sua presença apenas parece garantir maior paridade do trabalhador junto do empregador, uma vez que é previsível que apenas tenha conhecimento factual, sem qualquer conhecimento jurídico favorável à defesa do trabalhador. *Vd. in* Carvalho, Catarina. *Da Dimensão da Empresa no Direito do Trabalho - Consequências Práticas da Dimensão da Empresa na Configuração das Relações Laborais Individuais e Coletivas*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, pp. 621 e 622.

meios de defesa que este tem ao seu dispor. Caso o trabalhador considere injusto o seu despedimento pode recorrer ao “*Conseil de prud’hommes*”¹²⁸.

O tribunal irá apreciar a situação, considerando os factos alegados pelo empregador contra o trabalhador, decidindo sobre o tipo de sanção aplicada pelo empregador e a regularidade do procedimento disciplinar por este seguido.

O Tribunal pode anular a decisão de despedimento determinada pelo empregador, por um lado, se esta se basear num procedimento disciplinar irregular e por outro, se o despedimento se basear em motivo infundado ou se a sanção a aplicar pelo empregador, for desproporcional à falta cometida pelo trabalhador.

Caso o despedimento tenha sido fundado em causa que não se enquadre dentro do conceito de justa causa, o despedimento pode vir a ser considerado nulo pelo tribunal, condenando o empregador ao pagamento de uma indemnização por despedimento ilegal¹²⁹, bem como à reintegração do trabalhador na empresa, com o pagamento dos salários entretanto tramitados.

Quando o despedimento tenha sido realizado com a preterição do procedimento disciplinar¹³⁰, mas ainda assim com a existência de justa causa real e grave, o Tribunal considera o despedimento irregular e pode somente condenar o empregador no pagamento de uma indemnização, correspondente ao salário de um mês de trabalho¹³¹.

Concluindo, uma das maiores diferenças existente entre o regime laboral português e o francês, parece residir na existência da figura do *Coseiller du Salarié* e na inexistência de qualquer referência à fase de instrução ou à obrigação do empregador em realizar as diligências probatórias requeridas pelo trabalhador.

Contudo, quanto às garantias de defesa do trabalhador, pelo facto de dispor desde o início do procedimento disciplinar da possibilidade de se fazer acompanhar por pessoa da sua confiança, parece-nos que esta possibilidade poderá trazer maiores garantias à sua defesa,

¹²⁸ Correspondência com o nosso Tribunal do Trabalho.

¹²⁹ Cfr. art. L 1235-3 do *Code du Travail*.

¹³⁰ Preterição das formalidades previstas nos artigos L. 1232-2, L. 1232-3, L. 1232-4, L. 1233 -11, L. 1233-12 e L. 1233-13 do *Code du Travail*, sem ser observado o acordado pelas partes ou no caso de membros do conselho de trabalhadores e do “*conseiller du salarié*” ter o empregador preterido da obrigatoriedade do parecer favorável da autoridade pública competente para a área labora.

¹³¹ Cfr. art. L1235-2 do *Code du Travail*.

isto porque, esta prova testemunhal facilitará a corroboração da sua versão dos factos e a forma como decorreu todo o procedimento disciplinar.

III – Espanha

No que ao procedimento disciplinar conducente ao despedimento respeita, a legislação espanhola¹³² prevê apenas a obrigação de comunicação por escrito¹³³ pelo empregador, da intensão de despedimento, dos fundamentos e da data em que tal comunicação produzirá efeitos. Este procedimento é utilizado também como pré-aviso da intensão de despedimento do trabalhador.

O despedimento pode ser considerado nulo, procedente ou improcedente. O desrespeito pela formalidade do procedimento disciplinar, consubstancia um “*despido improcedente*” presente no art. 56.º do *ET*, i.e., nas situações não abrangidas para o despedimento procedente e para o despedimento nulo, mesmo que motivado numa situação de “*incumplimiento grave y culpable del trabajador*”, como refere o art. 54.º, nº 1, *in fine*, do *ET*.

No caso de despedimento improcedente, o empregador poderá ter de indemnizar o trabalhador ou reintegra-lo, segundo as regras presentes nos ns. º 1, 2 e 3 do art. 56.º do *ET*¹³⁴.

¹³² *Ley del Estatuto de los Trabajadores* aprovado pelo *Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo*, com as alterações do *Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre*.

Disponível em <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-11430>, consultado em 15/05/2018.

¹³³ Denominada por *Carta del despido*, presente no **Artículo 55.º Forma y efectos del despido disciplinario**. No entanto por convenção coletiva poderão ser estabelecidas outras exigências formais, no caso de despedimento. Do mesmo modo, no caso de trabalhador sindicalizado terá de haver lugar a audiência prévia dos delegados sindicais.

¹³⁴ Cit. art. 56.º, nº 1, 2 e 3 do *ET*. 1. *Cuando el despido sea declarado improcedente, el empresario, en el plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia, podrá optar entre la readmisión del trabajador o el abono de una indemnización equivalente a treinta y tres días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de veinticuatro mensualidades. La opción por la indemnización determinará la extinción del contrato de trabajo, que se entenderá producida en la fecha del cese efectivo en el trabajo.*

2. *En caso de que se opte por la readmisión, el trabajador tendrá derecho a los salarios de tramitación. Estos equivaldrán a una cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha de despido hasta la notificación de la sentencia que declarase la improcedencia o hasta que hubiera encontrado otro empleo, si tal colocación fuera anterior a dicha sentencia y se probase por el empresario lo percibido, para su descuento de los salarios de tramitación.*

3. *En el supuesto de no optar el empresario por la readmisión o la indemnización, se entiende que procede la primera.*

À exceção dos trabalhadores sindicalizados, a quem é permitido o exercício do contraditório através da audiência prévia dos delegados sindicais¹³⁵, nada na *Ley del Estatuto de los Trabajadores* prevê a possibilidade do trabalhador contraditar o despedimento ou vincular o empregador à realização de instrução, diligenciando pela produção de provas requeridas pelo trabalhador.

O facto de não se realizar instrução no procedimento disciplinar com vista ao despedimento, parece não suscetibilizar a doutrina espanhola, que considera que como a apreciação do despedimento passa sempre por uma etapa judicial, sempre será o juiz a apreciar a sanção aplicada pelo empregador, mantendo-a ou alterando-a, em benefício do trabalhador¹³⁶.

IV – Inglaterra

Quanto à legislação inglesa¹³⁷, da análise que realizamos sobre o procedimento disciplinar e a fase de instrução, começamos por dizer que o empregador que pretenda dar início a um procedimento disciplinar contra um trabalhador com vista à aplicação de sanções, terá que em primeiro lugar abordar o trabalhador expondo a razão de ser das suas suspeitas em relação ao seu desempenho profissional e ouvir as contra-alegações invocadas em sua defesa. Caso o empregador não se mostre satisfeito com as explicações apresentadas ou vir confirmadas as suas suspeitas, deverá abrir um procedimento disciplinar com vista à aplicação de uma sanção disciplinar que poderá ser a de despedimento.

Neste caso, o procedimento disciplinar terá que obrigatoriamente ser reduzido a escrito, contendo as razões que o fundamentam, com base nas ações ou omissões realizadas pelo trabalhador durante o desempenho da sua tarefa, e deverá colocar o conteúdo do procedimento disciplinar em local acessível a todos os funcionários da empresa, para consulta dos interessados.

¹³⁵ Art. 55.º, n.º 1, 3º parág. do ET “*Si el trabajador estuviera afiliado a un sindicato y al empresario le constase, deberá dar audiencia previa a los delegados sindicales de la sección sindical correspondiente a dicho sindicato*”.

¹³⁶ Melgar, Alfredo Montoya. *Derecho del Trabajo*, 28.ª ed., Tecnos, Madrid, 2007, p. 473.

¹³⁷ Apesar do Reino Unido integrar três jurisdições diferentes – Inglaterra e País de Gales, Irlanda do Norte e Escócia -, restringimos o nosso estudo apenas à análise comparativa com o ordenamento jurídico de Inglaterra e País de Gales, por ser aquele com que temos maior proximidade histórica e maior relacionamento económico e político/social.

O procedimento disciplinar deverá ser devidamente fundamentado e indicar que o comportamento do trabalhador esteve na origem do procedimento disciplinar. O conteúdo do procedimento disciplinar deverá informar, de forma clara, quais as consequências previstas para o trabalhador.

As etapas conducentes ao despedimento devem ser compreendidas, em primeiro lugar, pelo envio de uma carta por parte do empregador invocando os motivos que estão na origem da aplicação da sanção, seguida de uma convocatória do trabalhador para uma reunião com vista à discussão do assunto, passando pela aplicação da decisão disciplinar e finalizando com a hipótese do trabalhador recorrer da decisão.

Este procedimento deve cumprir com o Código de Boas Práticas existente. *ACAS (Advisory, Conciliation and Arbitration Service)*¹³⁸.

O Código de Boas Práticas aplicado ao procedimento disciplinar foi emitido sob a secção 199 do *Trade Union and Labour Relations (Consolidation), Act 1992*¹³⁹, fornece práticas básicas para orientação dos empregadores e dos trabalhadores e representantes sindicais, estabelece os princípios que norteiam situações relacionadas com queixas, denúncias e procedimentos disciplinares no âmbito das relações laborais.

Os Tribunais ingleses são obrigados a aplicar ao procedimento disciplinar as normas presentes no *ACAS*. Assim, devem decidir por um lado, nos casos em que se verificou algum incumprimento relevante, por parte do empregador, das regras presentes no *ACAS* durante a condução do procedimento disciplinar, aumentar em 25% o valor da indemnização requerida ou atribuída ao trabalhador e por outro, diminuir em 25% o valor da indemnização se se vier a apurar que o incumprimento foi da responsabilidade do trabalhador.

O *ACAS* recomenda igualmente que todos os procedimentos disciplinares devem ser resolvidos internamente, se necessário com recurso a um terceiro elemento, que poderá ser interno ou externo à organização desde que não esteja diretamente envolvido com a questão disciplinar ou o motivo da queixa. Dispõe de um manual de linhas orientadoras¹⁴⁰,

¹³⁸ Este código entrou em vigor por despacho do Secretário de Estado a 11 de março de 2015 e substitui o código de 2009. O *ACAS* encontra-se disponível em <http://www.acas.org.uk/media/pdf/f/m/Acas-Code-of-Practice-I-on-disciplinary-and-grievance-procedures.pdf>, consultado em 21/05/2018.

¹³⁹ Disponível em <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1992/52/contents>, consultado em 21/05/2018.

¹⁴⁰ Disponível em <http://www.acas.org.uk/media/pdf/9/g/Discipline-and-grievances-Acas-guide.pdf>, consultado em 21/05/2018.

que deverão ser seguidas em caso de procedimento disciplinar. Este guia fornece conselhos de forma a lidar com os procedimentos disciplinares da melhor maneira para ambas as partes, complementando as normas presentes no *ACAS*¹⁴¹.

Por outro lado, o empregador e o trabalhador, podem também acordar no contrato de trabalho as regras aplicáveis ao procedimento disciplinar, contudo essas regras não podem entrar em contrariedade com as regras presentes no *ACAS*.

O modelo de procedimento disciplinar com vista ao despedimento previsto na Inglaterra, remota a 1827. Trata-se de um modelo de despedimento livre com pré-aviso, considerado como sendo pouco protetor da posição de subordinação que o trabalhador ocupa¹⁴².

Neste ordenamento jurídico, quando um despedimento é considerado ilícito, o trabalhador pode recorrer à justiça de forma a fazer valer os seus direitos. Nestes casos estamos perante um “*unfail dismissal*”, regulado pela “*Employment Rights Act*” de 1966¹⁴³, segundo a qual, o trabalhador pode pedir ao Tribunal do Trabalho¹⁴⁴ a condenação do empregador à readmissão no seu antigo posto de trabalho¹⁴⁵ ou à recolocação em outro posto de trabalho na mesma empresa ou que seja contratado por empresa coligada¹⁴⁶. O trabalhador pode ainda pedir a condenação do empregador ao pagamento de uma indemnização adicional, de uma indemnização básica ou de uma indemnização compensatória¹⁴⁷, segundo os requisitos previstos na *Employment Rights Act*.

Aqui chegados, torna-se importante referir que uma das maiores semelhanças com o regime do procedimento disciplinar português, é a exigência do exercício do direito ao contraditório antes da aplicação de qualquer sanção disciplinar, consagrado para efetiva defesa dos direitos do trabalhador.

¹⁴¹ Toda a informação aqui referida encontra-se disponível em <https://www.gov.uk/disciplinary-procedures-and-action-at-work>, consultada em 21/05/2018.

¹⁴² Girón, Jesús Martínez, Varela, Alberto Arufe. *Foundations on Community and Comparative, European and USA, Labor and Social Security Law*, 2ª ed., netlibro, Corunha, 2010, p. 216. Disponível em <http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/11835/9788497455626.pdf?sequence=2>, consultado em 21/05/2018.

¹⁴³ Disponível em <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/18/contents>, consultada em 21/05/2018.

¹⁴⁴ Na versão original “*Employment Tribunal*”.

¹⁴⁵ Na versão original “*reinstatement*” e previsto na Secção 114 e 116, parág. (1), do Capítulo II da *Employment Rights Act*.

¹⁴⁶ Na versão original “*re-engagement*” e previsto na Secção 115 e 116, parág. (2) e (3), do Capítulo II da *Employment Rights Act*.

¹⁴⁷ Na versão original “*additional award*”, “*basic award*” e “*compensatory award*” e previsto nas Secções 117 a 123, do Capítulo II, da *Employment Rights Act*.

Porém, a maior diferença com o regime português, todavia semelhante ao sistema jurídico gaulês, reside no facto do trabalhador, durante o procedimento disciplinar, concretamente na fase da audiência prévia, poder fazer-se acompanhar por colega de trabalho ou representante sindical.

Capítulo V – O Excecional Caso Instrução na Administração Pública

Secção I – Aspetos gerais

Este último capítulo foi dedicado ao tema do Direito Disciplinar nas relações de emprego público. Não iremos analisar todo o Direito Disciplinar no regime de trabalho na função publica, mas apenas uma pequena parte que diz respeito à matéria das garantias que assistem ao trabalhador/arguido no procedimento disciplinar.

Consideramos fazer referência aos pontos de convergência e aos pontos de divergência entre o procedimento disciplinar do trabalhador em funções públicas, consagrado na LTFP e o regime aplicado ao trabalhador do sector privado, consagrado no Código do Trabalho, concretamente, sobre as garantias de defesa de que o trabalhador dispõe, num e noutro regime, considerando que as garantias do trabalhador são o ponto central deste trabalho.

Secção II - O Procedimento Disciplinar na Administração Pública

Como já anteriormente mencionado, terá sido no Decreto Lei n.º 372 A/75, de 16 de julho que surgiu consagrado no *Capítulo V – A Cessação do Contrato Individual de Trabalho por despedimento promovido pela entidade patronal ou gestor público com justa causa*. Esta norma visava regular o regime dos despedimentos tanto no setor privado, como no público. Ao longo dos anos, este regime sofreu sucessivas alterações até à sua revogação pelo Decreto Lei n.º 64-A/89, de 27 de fevereiro, diploma que aprovou a LCCT - Lei da Cessação do Contrato de Trabalho (Regime Jurídico da Cessação do Contrato Individual de Trabalho e da Celebração e Caducidade do Contrato de Trabalho a Termo).

O Estatuto Disciplinar dos Funcionários e Agentes da Administração Central, Regional e Local¹⁴⁸, tomou como inspiração os anos de vigência da LCCT, publicando a 9 de

¹⁴⁸ Aprovado pelo Decreto Lei n.º 191-D/79, de 25 de junho, mais tarde revisto pelo Decreto Lei n.º 24/84, de 16 de janeiro. Contudo, o Estatuto não foi sujeito a uma reformulação global, mantendo-se a preocupação de evitar a dispersão do regime disciplinar por legislação extravagante, *vd.* ponto 1, *in fine*, do preâmbulo do Decreto Lei n.º 24/84, de 16 de janeiro.

setembro de 2008 o novo Estatuto Disciplinar dos Trabalhadores que Exercem Funções Públicas, com a Lei n.º 58/2008. Este novo Estatuto veio a ser revogado pela Lei n.º 35/2014, de 20 de julho, designada por Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas, que regula no capítulo VII, Seção III, o procedimento disciplinar.

O legislador compilou num só diploma (LTFP) as regras fundamentais do trabalho em funções públicas, incluindo o regime disciplinar, revogado a lei 58/2008, de 9 de setembro, de maneira a “*dotar a Administração Pública de um diploma que reunisse, de forma racional, tecnicamente rigorosa e sistematicamente organizada, o essencial do regime laboral dos seus trabalhadores, viabilizando a sua mais fácil apreensão e garantindo a justiça e equidade na sua aplicação*”¹⁴⁹.

O novo regime disciplinar encontra-se regulado nos artigos 176.º a 240.º da LTFP. Contudo, neste novo regime não se avistam grandes alterações face ao regime previsto na Lei n.º 58/2008, de 9 de setembro. Percebe-se que a principal preocupação do legislador neste novo regime, terá sido a sistematização das normas, por um lado no que respeito à agregação num único artigo de determinadas matérias e por outro, a de estabelecer diferentes redações em determinados preceitos¹⁵⁰.

As características que revestem a relação jurídica de emprego na função pública são substancialmente diferentes das existentes no setor privado e isto justifica-se pelo facto das referidas relações prosseguirem diferentes escopos. Enquanto que no regime privado as empresas visam o lucro, no regime público o principal objetivo é a persecução do “*interesse de uma comunidade, ligado à satisfação das necessidades coletivas desta o bem comum*”¹⁵¹.

Tem-se verificado, ao longo dos últimos anos, uma aproximação das relações jurídicas laborais de emprego público às normas aplicadas no direito privado, com a constatação de cada vez menos diferenças entre estes dois regimes.

¹⁴⁹ Tal como justificado na exposição de motivos presente na proposta de lei n.º 184/XII, disponível em <http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c3246795a5868774d546f334e7a67774c336470626d6c7561574e7059585270646d467a4c31684a535339305a58683062334d76634842734d5467304c56684a5353356b62324d3d&fich=pp1184-XII.doc&Inline=true>, consultado em 28/05/2018.

¹⁵⁰ Nomeadamente, caiu a expressão trabalhador arguido para passar apenas a ser designado por trabalhador. *Vd.* in Carvalho, Raquel. *Comentário ao Regime Disciplinar dos Trabalhadores em Funções Públicas*. Universidade Católica Editora, Lisboa, 2014, p. 16.

¹⁵¹ Caupers, João. *Introdução ao Direito Administrativo*, 10ª ed., Âncora Editora, Lisboa, 2009, p. 85.

O procedimento disciplinar surge como forma de responsabilizar o funcionário público por uma má conduta praticada¹⁵² e tal como no setor privado, o exercício do Direito Disciplinar é exercido com recurso ao procedimento disciplinar, igualmente constituído por várias fases.

Como no setor privado, também na Administração Pública existem dois tipos de tramitação do procedimento disciplinar: o comum e o especial¹⁵³. O procedimento comum aplica-se a todos os casos em que a lei não preveja um procedimento especial de tramitação.

O nosso estudo recaiu sobre o procedimento disciplinar comum por ser aquele que prevê a fase de defesa do trabalhador. Contudo, sem deixarmos de passar, de forma muito resumida, pelas várias fases do procedimento, iremos dedicar uma especial atenção às diferenças entre o trabalhador do setor privado e o trabalhador da administração pública quanto às garantias de defesa.

I - A instauração do procedimento disciplinar

Após o conhecimento da infração¹⁵⁴, por denúncia ou por conhecimento direto da entidade competente, esta pode optar entre proferir um despacho liminar que ordena o arquivamento da participação ou queixa por entender que a situação em causa não consubstancia uma infração, ou no caso de se verificar o contrário, manda instaurar ou instaura ela própria o procedimento disciplinar.

Nos casos em que a entidade competente decide pela instauração do procedimento disciplinar, deverá ser nomeado um instrutor, *“escolhido de entre trabalhadores do mesmo órgão ou serviço, titular de cargo ou de carreira ou categoria de complexidade funcional superior à do trabalhador ou, quando impossível, com antiguidade superior no mesmo cargo ou em carreira ou categoria de complexidade funcional idêntica ou no*

¹⁵² Conforme afirma Caupers, João. *Op. cit.*, 2011, p. 86, “a ideia de responsabilidade corresponde à sujeição às consequências desfavoráveis de um comportamento”.

¹⁵³ Cfr. art. 195.º da LTFP.

¹⁵⁴ A obrigação de denunciar a existência de uma infração desapareceu com a entrada em vigor da Lei 59/2008. Dispunha o n.º 2 do art. 46.º do Decreto Lei n.º 24/84, de 16 de janeiro que “Os funcionários e agentes devem participar infração disciplinar de que tenham conhecimento”.

exercício de funções públicas, preferindo os que possuam adequada formação jurídica”¹⁵⁵, e em seguida, dar início à fase da instrução do processo.

II - A instrução do procedimento disciplinar

Aqui chegados o instrutor nomeado deve notificar o trabalhador, dando-lhe conhecimento da sua identidade e das suas atribuições. A notificação serve como meio de defesa para o trabalhador que deverá, no caso de considerar que o instrutor não é o adequado por motivos de imparcialidade, deduzir a sua suspeição, tal como previsto no art. 209.º, n.º 1 da LTFP.

Dessa notificação deverão também constar, de forma clara e fundamentada, os factos que lhe são imputados, de maneira a que o trabalhador se possa convenientemente defender das suspeitas contra si levantadas.

Visando a aplicação do princípio do inquisitório, incumbe ao instrutor nomeado a realização das diligências necessárias ao apuramento da verdade, de forma a investigar a infração cometida pelo trabalhador. O instrutor tem autonomia suficiente para conduzir o processo *“das formas que julgar mais adequadas, dentro do respeito devido às regras constitucionais e legais”*¹⁵⁶.

Nas situações em que a infração cometida poder vir a ser punida com despedimento disciplinar, o instrutor do processo pode propor a suspensão preventiva do trabalhador, *“sempre que a sua presença se revele inconveniente para o serviço ou para o apuramento da verdade”*¹⁵⁷, indicando na notificação de suspensão, ainda que de forma genérica, a infração ou infrações imputadas ao trabalhador¹⁵⁸.

O instrutor do processo terá de fazer um juízo de prognose e ponderar sobre o tipo de infração cometida e sobre a sanção que a ele deve ser aplicada, *“devendo averiguar-se se as medidas adotadas se apresentam como minimamente aceitáveis razoáveis em face das*

¹⁵⁵ Cfr. n.º 1 do art. 208.º da LTFP.

¹⁵⁶ Amaral, Diogo Freitas do. *Curso de Direito Administrativo*, vol. II, 3ª ed., Almedina, Coimbra, 2016, p. 336.

¹⁵⁷ Cfr. art. 211.º, n.º 1 da LTFP.

¹⁵⁸ Cfr. art. 211.º, n.º 2 e 3 da LTFP.

circunstâncias em causa”¹⁵⁹, concretizando o corolário do princípio da proporcionalidade¹⁶⁰.

Nesta fase, consideramos importante ressaltar que o instrutor do processo tem o dever de ouvir, não apenas as suas testemunhas, mas também as testemunhas requeridas pelo trabalhador. Esta obrigação/dever decorre do artigo 6, n.º 3, al. d) da CEDH, que indica que o trabalhador/arguido tem direito a “*interrogar ou fazer interrogar as testemunhas de acusação e obter a convocação e o interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições que as testemunhas de acusação*”, como concretização do princípio do contraditório no procedimento disciplinar dos trabalhadores em funções públicas. E, tal como no sector privado, também na administração pública a audição das testemunhas pode ser a única prova que o trabalhador dispõe para fazer valer a sua versão dos factos e assim provar a sua inocência.

Como vimos anteriormente, o instrutor do processo goza de alguma liberdade na forma como conduz a investigação, sendo que “*deverá desenvolver todas as diligências que considere pertinentes para a descoberta da verdade, porque isso mesmo lhe impõe o princípio da investigação a que está vinculado*”. Contudo, “*deverá, também, levar a cabo determinadas diligências que o próprio legislador considerou importantes para a investigação da conduta participada, tais como a audição do participante e as testemunhas por ele indicadas*”¹⁶¹.

Ademais, como resulta do n.º 1, do art. 203.º da LTFP, “*é insuprível a nulidade resultante da falta de audiência do trabalhador em artigos de acusação, bem como a que resulte de omissão de quaisquer diligências essenciais para a descoberta da verdade*”.

Deste modo, durante a instrução do procedimento disciplinar, o instrutor deve, a qualquer momento, ouvir o trabalhador, por sua iniciativa ou a pedido daquele, bem como ouvir o representante da associação sindical, se for o caso, a que o trabalhador pertença.

¹⁵⁹ Costa, António Augusto. *A Erosão do Princípio da Legalidade da Discricionariedade Administrativa*. In CEDIPRE (Centro de Estudos de Direito Público e Regulação), *Online* n.º 12, Coimbra, agosto 2012, p. 27, disponível em https://www.fd.uc.pt/cedipre/wp-content/uploads/pdfs/co/public_12.pdf, consultado em 29/05/2018.

¹⁶⁰ Nesta senda, o Ac. do TCAN de 10/05/2012, processo n.º 01958/08.7BEPRT, refere que “*a prova da prática da infração que é exigida deve ser conclusiva e inequívoca no sentido de que o sancionado é o autor/responsável, não podendo impor-se uma sanção com base em simples indícios, presunções ou conjecturas subjetivas*”.

¹⁶¹ Cfr. Ac. TCAN de 19.10.2006, processo n.º 00210/05.4BEBRG, disponível em <http://www.dgsi.pt/jtcn.nsf/89d1c0288c2dd49c802575c8003279c7/de62cc801435d3968025720d005a0f4d?OpenDocument>, consultado em 01/06/2018.

Terminada a fase de instrução do procedimento disciplinar, o instrutor apresenta o relatório onde propõe pelo arquivamento do procedimento ou deduz acusação em forma articulada¹⁶².

Segundo a jurisprudência, no caso do instrutor promover pela acusação, “*o arguido tem de saber de forma clara e concreta, os factos de que é acusado*”, devendo o relatório apresentado compreender uma exposição suficientemente documentada e cabal dos factos e das normas legais violadas, “*de molde a poder apresentar defesa pertinente a esses mesmos factos, quer no sentido de provar que os não praticou e como tal que é inocente, quer com o objetivo de demonstrar que não justificam a aplicação de sanções por não constituírem infrações disciplinares*”¹⁶³. Para além disso, só uma enumeração precisa e concreta dos factos imputados ao arguido permite o seu adequado enquadramento jurídico-disciplinar e consequentemente a aplicação da correspondente qualificação, *i.e.*, “*é requisito essencial dos artigos de acusação em processo disciplinar o da individualização ou discriminação dos factos que se tenham por averiguados e disciplinarmente puníveis, com a indicação das circunstâncias de tempo, modo e lugar em que foram cometidas e com referência aos preceitos legais e às penas aplicáveis*”¹⁶⁴.

É desta forma indispensável, que o relatório de acusação seja elaborado numa linguagem clara e precisa, que “*contenha com toda a individualização, isto é discriminado um por um e acompanhados de todas as circunstâncias de modo, lugar e tempo, os factos delituosos de que o arguido é acusado. (cfr. Marcello Caetano, “Manual de Direito Administrativo”, 9ª. ed., vol. IV, 854, e “Do Poder Disciplinar”, 1932, p. 181)*”¹⁶⁵, de forma a que o trabalhador, convenientemente, possa exercer o direito de defesa que a lei lhe faculta.

¹⁶² Cfr. art. 213.º, n.º 1 e 2 da LTFP.

¹⁶³ Cfr. Ac. TCAN de 17.03.2005, processo n.º 00071/04, disponível em <http://www.dgsi.pt/jtcn.nsf/89d1c0288c2dd49c802575c8003279c7/4e5e90eb1047aa8680256fd2005a2ea5?OpenDocument>, consultado em 29/05/2018.

¹⁶⁴ Ac. do TCAS de 03/02/2005, processo n.º 05841/01 disponível em <http://www.dgsi.pt/jtca.nsf/170589492546a7fb802575c3004c6d7d/1cf2409e0e6e79c580256fac005296cf?OpenDocument&Highlight=0,05841%2F01>, consultado em 01/06/2018.

¹⁶⁵ Ac. do TCAN, de 19/12/2014, disponível em <http://www.dgsi.pt/jtcn.nsf/89d1c0288c2dd49c802575c8003279c7/17d015347ff369f980257e1400565106?OpenDocument>, consultado em 01/06/2018.

Por se tratar de uma fase de realização obrigatória, o TC considerou que a omissão desta formalidade terá como consequência a invalidade do procedimento, por colocar em causa o efetivo direito de defesa de que o trabalhador dispõe¹⁶⁶.

Caso o instrutor responsável pelo processo elabore o relatório propondo pelo seu arquivamento, deve tecer as considerações que julgue pertinentes para que não restem dúvidas quanto às suspeitas recaídas sobre o trabalhador, fazendo especial menção, a que *“os factos constantes dos autos não constituem infração disciplinar, que não foi o trabalhador o autor da infração ou que não é de exigir responsabilidade disciplinar por virtude de prescrição ou de outro motivo”*¹⁶⁷.

III - A defesa do trabalhador

Dá-se início a esta fase, quando o trabalhador é notificado da acusação contra si deduzida. O trabalhador pode apresentar a sua defesa, por escrito, num prazo entre 10 a 20 dias¹⁶⁸.

Neste momento o trabalhador pode consultar o processo e requerer as diligências probatórias que julgue indispensáveis para validar a sua versão dos factos. O trabalhador pode requerer o arrolamento de novas testemunhas¹⁶⁹ e juntar documentos. Contudo, se estas se manifestarem impertinentes e desnecessárias¹⁷⁰, o instrutor pode recusar tal pretensão, desde que o faça por despacho fundamentado.

Caso o instrutor se decida pela audição das testemunhas indicadas pelo trabalhador, tem o prazo de 20 dias, que pode ser prorrogado por despacho, até 40 dias¹⁷¹, para as inquirir e para reunir os elementos de prova oferecidos pelo trabalhador.

O direito de defesa do trabalhador deve ser limitado pela matéria presente na acusação e pelo material instrutório que a acompanha, isto porque, a *“resposta que revele ou se traduza em infrações estranhas à acusação e que não interesse à defesa é autuada, dela*

¹⁶⁶ Ac. TC n.º 338/2010, de 22 de setembro, processo n.º 135/09.

¹⁶⁷ Cfr. art. 213.º, n.º 1 da LTFP.

¹⁶⁸ Cfr. art. 214.º, n.º 1 da LTFP.

¹⁶⁹ Pode apresentar 3 testemunhas por facto, conforme refere o art. 218.º, n.º 2 da LTFP.

¹⁷⁰ Cfr. art. 218.º, n.º 1 da LTFP.

¹⁷¹ Cfr. art. 218.º, n.º 8 da LTFP.

se extraindo certidão, que passa a ser considerada como participação para efeitos de novo procedimento“¹⁷².

O direito de defesa abrange o direito a ser ouvido. Este é o momento em que o trabalhador deve expor o seu ponto de vista, quanto aos factos que constam da acusação, e que estiveram na origem da infração, podendo apresentar motivos justificativos que o ilibam.

Contudo, o trabalhador pode também optar por nada dizer, remetendo-se ao silêncio sobre os factos que lhe estão imputados, como forma de evitar a autoincriminação. Tal como no direito penal, ao silêncio não poderá ser atribuído qualquer valoração negativa.

Para poder verdadeiramente exercer o seu direito ao contraditório, o trabalhador tem que conhecer o conteúdo integral dos documentos que integram o procedimento disciplinar, bem como tem que lhe ser concedido, sem restrições, o direito a apresentar novos meios de prova, desde que pertinentes. Caso contrário o instrutor poderá, desde que devidamente fundamentado, opor-se à produção da prova requerida e por fim, deve poder ser assistido por advogado em qualquer fase do processo¹⁷³.

Concluindo, a função do trabalhador nesta fase é a de se defender dos factos contra si invocados, limitando-se a responder aos factos descritos na acusação, evitando autoincriminar-se.

IV - O relatório final e a decisão

Aqui chegados, o instrutor elabora o relatório final completo e conciso, nos 5 dias após a o fim da fase de defesa do trabalhador¹⁷⁴, onde contextualiza a iniciativa processual, descreve todas as diligências realizadas, valora os factos dados como provados e a sua sustentação instrutória, apresenta os argumentos de acusação e as alegações de defesa apresentadas pelo trabalhador e realiza o enquadramento jurídico dos factos.

No caso de surgirem novos factos, o instrutor terá de dar oportunidade ao trabalhador para se pronunciar sobre eles, sob pena de nulidade do procedimento.

¹⁷² Cfr. art. 216.º, n.º 5 da LTFP.

¹⁷³ Conforme consta do art. 202.º da LTFP e do art. 20.º, n.º 2, in fine da CRP que refere “*Todos têm direito, nos termos da lei, (...) e a fazer-se acompanhar por advogado perante qualquer autoridade*”.

¹⁷⁴ Cfr. art. 219.º, n.º 1 da LTFP.

O instrutor irá concluir o relatório final, propondo a condenação ou não do trabalhador.

*“A condenação deve estribar-se em provas que permitam um juízo de certeza, uma convicção segura, que esteja para além de toda a dúvida razoável, de que o arguido praticou os factos que lhe são imputados”*¹⁷⁵.

O dever de fundamentação decorre não só do art. 151.º, n.º 1 al. d) do CPA, que abrange quase todos os atos administrativos, mas também do dever de justificar, *“por referência ao material probatório, a factualidade considerada, designadamente, face à impugnação dos factos em sede de defesa e às diligências a propósito realizadas”*¹⁷⁶.

Na posse do relatório, cabe à entidade competente decidir se o trabalhador será punido ou não, fundamentando¹⁷⁷ no caso de não seguir a indicação do relatório e notificando o instrutor da sua decisão. A entidade competente tem um dever legal de decidir, sob pena de caducidade da aplicação da sanção¹⁷⁸.

A pena aplicada produz efeitos no dia seguinte ao da notificação do trabalhador¹⁷⁹.

Secção III – A diferença das garantias de defesa dadas ao trabalhador no procedimento disciplinar no setor público e no setor privado

Resultante da norma presente nos art. 269.º, n.º 3 e art. 32.º, n.º 10, a constituição assegura que todos os trabalhadores da função pública têm direito de audiência e de defesa, em sede de processo disciplinar. A audição do trabalhador é um direito fundamental com a natureza própria dos direitos liberdades e garantias, e assim sendo, os atos que ofendem o seu conteúdo essencial são considerados nulos¹⁸⁰, constituindo a omissão de defesa do trabalhador uma nulidade insuprível¹⁸¹.

¹⁷⁵ Cfr. Ac. do TCAN, de 28/03/2014, disponível em <http://www.dgsi.pt/jtcn.nsf/89d1c0288c2dd49c802575c8003279c7/89a9a4be77a4372d80257cb0003d2658>, consultado em 04/06/2018.

¹⁷⁶ Neves, Ana. *O Direito Disciplinar na Função Pública*, vol. II, Dissertação de Doutoramento, FDUL, Lisboa, 2007, p. 430

¹⁷⁷ Cfr. art. 220.º, n.º 4 da LTFP.

¹⁷⁸ Cfr. art. 220.º, n.º 6 da LTFP.

¹⁷⁹ Cfr. art. 223.º da LTFP. Não podendo o trabalhador ser notificado, a pena produz efeitos *“15 dias apos a publicação de aviso na 2ª serie do Diário da República”*.

¹⁸⁰ Cfr. art. 161.º, n.º 2, al. d) do CPA.

¹⁸¹ Cfr. art. 203.º, n.º 2 da LTFP.

A garantia constitucional não se limita ao regime presente para a função pública. Esta garantia é, obviamente, extensível também ao regime privado, dando igual garantia aos trabalhadores deste sector.

Assim, deduz-se que sempre que haja preterição de qualquer formalidade essencial no decurso do procedimento disciplinar, principalmente as relacionadas com o direito de defesa do trabalhador, seja qual for o regime aplicado, o procedimento é nulo. O trabalhador administrativo, contrariamente ao trabalhador do setor privado, pode impugnar a decisão através do recurso hierárquico, para o órgão competente, promovendo pela impugnação da decisão final.

No caso do regime privado, o trabalhador que for sancionado com pena despedimento sem que previamente tenha sido devidamente instaurado um procedimento disciplinar, levado a cabo pela entidade empregadora, vê, devido a essa omissão, o seu despedimento ser considerado ilícito.

A principal diferença entre os dois regimes reside no facto de no setor privado não existir uma separação entre a entidade que instrói o procedimento e a entidade que promove pela decisão final. O trabalhador laboral do setor privado, somente pode recorrer desta decisão para os tribunais judiciais, pois qualquer recurso interno configurar-se-ia infrutífero.

Sobre a questão de sabermos qual o regime mais garantístico de defesa do trabalhador, corroboramos a posição da doutrina que considera vantajoso o regime presente na LTFP em detrimento do regime presente no Código do Trabalho.

Isto porque, a LTFP, garante a *separação entre o órgão administrativo com competências para instaurar o procedimento disciplinar, o órgão com competência para decidir, o dirigente máximo do serviço e o instrutor do procedimento disciplinar convoca uma separação paralela entre o momento acusatório, e da determinação material e qualificação jurídica da infração, e o momento do julgamento ou da decisão disciplinar*".

Ademais, a garantia de isenção do instrutor é garantida porque se *"órgão com competência para instaurar o procedimento disciplinar realizasse a atividade instrutória poderia preconcebe-lo, ordena-lo a uma espécie de pré decisão. Da mesma forma se a competência instrutória fosse colocada nas mãos do órgão com competência para decidir*

(punir). O poder decisório igualmente estigmatizaria o procedimento, existindo o risco da moldagem a uma decisão”¹⁸².

Em ambas as situações, a garantia de um apuramento rigoroso e imparcial na avaliação da prática da infração disciplinar e da decisão disciplinar a aplicar, ficaria prejudicada.

Por isto, consideramos que, ao contrário do previsto no Código do Trabalho para o procedimento disciplinar no setor privado, o instrutor do processo não se deve confundir na pessoa de quem decide instaurar o procedimento disciplinar, bem como, não se deve reunir em quem detém a competência para punir.

A separação em vários órgãos do poder de instaurar, na própria insaturação e no poder de punir o procedimento disciplinar, constitui, para o trabalhador do sector público, uma garantia de defesa no procedimento disciplinar de que o trabalhador do setor privado não dispõe.

¹⁸² Neves, Ana. *Op. cit.*, 2007, pp. 375 e 376.

CONCLUSÃO

Na presente dissertação procurámos estudar a fase de instruções do procedimento disciplinar conducente ao despedimento.

Iniciámos o nosso estudo pelo desenvolvimento dos vários poderes detidos pelo empregador, as suas características e efeitos, e em especial explanamos o poder disciplinar e as várias teses que explicam o seu fundamento e titularidade.

Verificámos que relativamente ao poder disciplinar, o seu fundamento e a titularidade a doutrina não apresenta opiniões análogas. Os defensores da tese contratualista, nomeadamente os professores Maria do Rosário Palma Ramalho, António Monteiro Fernandes e Pedro Romano Martinez, consideram, em grosso modo, que o fundamento do poder disciplinar decorre do contrato de trabalho, logo a sua titularidade pertence ao empregador, ao passo que a tese institucionalista, defendida pelo professor António Garcia Pereira, considera que o fundamento do poder disciplinar tem origem na estrutura organizativa, gerado a partir da própria organização, cuja titularidade pertence à instituição em causa.

Consideramos que, em certa medida, ambas as teses se complementam, pois ainda que consideremos que o poder disciplinar decorra do contrato de trabalho, ponderamos igualmente sobre a hipótese de o poder disciplinar encontrar fundamento na existência de uma estrutura organizativa.

No entanto a jurisprudência tem entendido que o poder disciplinar decorre do contrato de trabalho, lançando por terra a tese institucionalista

Sobre os limites do poder disciplinar, admitimos com reservas a posição adotada pela doutrina, nomeadamente a professora Maria do Rosário Palma Ramalho, que considera que o empregador se encontra na posse do direito de emanar normas e diretrizes no seio da organização, que podem ir para além da prestação de trabalho. Situação que apenas aceitamos como válida quando ficar claramente demonstrada a existência de um nexo de causalidade entre o comportamento do trabalhador e o incumprimento do que foi previamente acordado pelas partes no contrato de trabalho.

Ainda sobre o poder disciplinar, cabe-nos referir que não vislumbramos fundamento para que no âmbito do direito privado, nomeadamente do direito do trabalho, uma das partes do contrato detenha o poder de sancionar a outra. Consideramos que, tal como no direito

penal onde o tribunal decide pela aplicação das sanções, aqui designadas por penas, no direito do trabalho, pelo facto do poder disciplinar ser ele também um poder sancionatório, em especial quando da aplicação de uma sanção com vista ao despedimento, dever ser levado a cabo pelos Tribunais e não por quem é parte no contrato (no caso o empregador), na medida em que se trata do exercício do poder sancionatório próprio dos tribunais.

A possibilidade dada ao trabalhador para recorrer à via judicial nos casos em que o despedimento não teve fundamento, a nosso ver revela-se pouco eficaz. Isto porque, apesar da via judicial assegurar e garantir a defesa do trabalhador, na maioria das vezes devido à falta de celeridade dos processos, o trabalhador é pressionado a chegar a acordo com a entidade empregadora, sem nunca ter demonstrado a sua inocência, deixando a pairar no ar a dúvida se teria ou não cometido a infração que originou o seu despedimento. Este facto pode à primeira vista mostrar-se como irrelevante, mas, se ponderarmos sobre esta questão, considerando que é a carreira profissional que está em causa, poderá a dúvida sobre ter ou não cometido tal infração, suscitar no futuro situações de opressão ou declínio no desenvolvimento da carreira profissional e em grande parte, esse facto afetar as relações sociais e familiares do trabalhador.

Finalizada a fase inicial onde desenvolvemos o conceito e fundamento do poder disciplinar, passamos à evolução histórica e legislativa do procedimento disciplinar. Aqui, vimos onde o procedimento disciplinar surge consagrado pela primeira vez no sistema legislativo português, que como referimos, surge pela primeira vez em pleno o verão quente de 1975, a 16 de julho, como Decreto Lei 375-A, ainda que de uma forma bastante vaga. Dai em diante foram várias as alterações legais que deram origem ao atual conceito inspirado no Estatuto Disciplinar dos Funcionários da Administração Central, Regional e Local.

Neste capítulo abordamos igualmente a evolução legislativa da fase de instrução, concluindo que, apesar da previsão já constar da LCT, a sua regulamentação aparece pela primeira vez no CT2003, passando de uma fase obrigatória para, no CT2009, se tornar numa fase facultativa, à exceção da aplicação obrigatória no caso das trabalhadoras grávidas, puérperas ou lactantes ou trabalhador em gozo da licença parental.

Todavia, como estudamos, o TC veio a considerar o carácter facultativo da fase de instrução, no ac. n.º 338/2010, inconstitucional com força obrigatória geral, por violação

dos direitos de defesa dos trabalhadores previstos no art. 32.º, n.º 10 da CRP, aplicado aos processos sancionatórios e desta feita impondo a sua obrigatoriedade de realização em todos os procedimentos disciplinares que visassem o despedimento do trabalhador, tal como se encontrava anteriormente previsto no CT2003.

Aderimos à posição do TC por considerarmos que, por um lado se trata efetivamente de um processo sancionatório e como tal deverá ser aplicado o art. 32.º, n.º 10 da CRP e por outro, por considerarmos que sendo o trabalhador a parte mais fraca no contrato de trabalho, devem estar salvaguardados todos os meios de defesa ao seu dispor.

Contudo, não vislumbramos qualquer interesse pratico na realização de tal fase, por consideramos que mesmo sendo esta obrigatória, o facto do lesado ser ao mesmo tempo o julgador, leva-nos a considerar que a existência da fase de instrução, onde o empregador pode promover pelas diligências de prova requeridas pelo trabalhador na resposta à nota de culpa, além de desacelerar todo o procedimento, poderá não ser completamente revestida de imparcialidade, uma vez que, na maioria dos casos, trata-se de prova testemunhal dos colegas que são ao mesmo tempo trabalhadores do mesmo empregador.

De seguida passamos à análise das várias fases do procedimento disciplinar, composto pela fase inicial de instauração do procedimento que culmina com a acusação sobre a designação de nota de culpa, seguida da fase de defesa do trabalhador, que engloba a resposta à nota de culpa e a fase de instrução do processo, e finaliza com a comunicação ao trabalhador da decisão final.

Estas fases são especialmente reguladas e tuteladas e os eventuais vícios que daqui decorrem podem determinar a invalidade do despedimento, podendo o trabalhador requerer a impugnação judicial do despedimento.

De seguida analisamos o procedimento disciplinar à luz do direito internacional, nomeadamente o europeu, evidenciando a Convenção n.º 158 da OIT relativa à cessação do contrato de trabalho por iniciativa do empregador, onde se constata, no art. 7.º, que nenhum trabalhador pode ser despedido por motivos ligados ao seu comportamento antes de lhe ser facultada a possibilidade de defesa.

Quanto aos ordenamentos jurídicos internacionais que estudamos, temos a considerar em primeiro lugar que a tendência europeia é a de considerar facultativa a realização da fase

de instrução, tal como previsto inicialmente em Portugal no CT2009, posteriormente considerado inconstitucional pelo TC.

Assim, temos que no ordenamento jurídico italiano a aplicação de sanções disciplinares encontra-se previamente estipulado no contrato de trabalho, sempre que se verifique a inobservância dos deveres laborais. À imagem do previsto em Portugal, nenhuma sanção pode ser aplicada sem que previamente o trabalhador seja ouvido, podendo ser assistido durante o processo por representante da associação sindical. Também no ordenamento jurídico italiano se encontra prevista a possibilidade do trabalhador impugnar judicialmente a o seu despedimento. Consubstanciando-se, no que à regulamentação do procedimento disciplinar, num sistema bastante semelhante ao português à exceção de não existir qualquer menção legal à obrigatoriedade de realização de uma fase de instrução.

Quanto ao ordenamento jurídico francês, para além da exigência escrita das motivações imputadas ao trabalhador, exige-se que o empregador convoque o trabalhador para uma reunião onde irão ser debatidas as questões que levam ao despedimento, momento em que o trabalhador pode ser assistido por um trabalhador da empresa da sua confiança, designado por *Conseiller du Salarié*.

A legislação gaulesa nada refere quanto à obrigação de realização de uma fase de instrução, prevendo que em caso de despedimento considerado ilícito pelo trabalhador, este poderá recorrer a uma apreciação judicial.

Quanto às garantias de defesa do trabalhador, consideramos que o facto de dispor, desde o início do procedimento disciplinar, da possibilidade de se fazer acompanhar por pessoa da sua confiança, trará ao trabalhador maiores garantias de defesa, sendo esta uma prova que testemunhará o decurso do procedimento disciplinar.

No caso do regime jurídico espanhol, a lei apenas prevê a comunicação por escrito ao trabalhador da intenção de despedimento, prevendo o direito ao contraditório apenas aos trabalhadores sindicalizados. Em todas as outras situações, o trabalhador que considera que os motivos apontados pelo empregador para o seu despedimento não são válidos, recorre à via judicial. As diligências de prova que garantem a defesa do trabalhador serão sempre realizadas em sede judicial.

Por fim, no ordenamento jurídico britânico, os mecanismos disciplinares podem já se encontrar estabelecidos no contrato de trabalho, dispondo o trabalhador previamente dos motivos que podem levar ao seu despedimento. Ainda assim, o empregador que pretenda iniciar um procedimento disciplinar contra um trabalhador com vista ao despedimento, terá que em primeiro lugar abordar o trabalhador expondo a razão de ser das suas suspeitas e ouvir o que o trabalhador pode dizer em sua defesa. Caso as justificações apresentadas pelo trabalhador não satisfaçam o empregador, este deverá abrir um procedimento disciplinar com vista ao despedimento.

Este procedimento deve cumprir com o Código de Boas Práticas existente, o *ACAS* (*Advisory, Conciliation and Arbitration Service*), que recomenda que todos os procedimentos disciplinares devam ser resolvidos internamente, se necessário com recurso a um terceiro elemento, que poderá ser interno ou externo à organização, desde que não esteja diretamente envolvido com a questão disciplinar ou o motivo da queixa.

Quando um despedimento é considerado ilícito, o trabalhador pode recorrer à justiça de forma a fazer valer os seus direitos.

Uma das maiores semelhanças com o regime disciplinar português, é a exigência do exercício do direito ao contraditório antes da aplicação da sanção disciplinar, consagrando assim a efetiva defesa dos direitos do trabalhador. A maior diferença com o regime português, todavia semelhante ao sistema jurídico gaulês, é o facto do trabalhador, durante o procedimento disciplinar, concretamente na fase da audiência prévia, poder-se fazer acompanhar por colega de trabalho de sua confiança.

Finalmente, abordámos no último capítulo o tema relativo ao Direito disciplinar nas relações de emprego público, tecendo considerações sobre os pontos de convergência e aos pontos de divergência entre o procedimento disciplinar do trabalhador em funções públicas, consagrado na LTFP e o regime aplicado ao trabalhador do sector privado, consagrado no Código do Trabalho.

Assim, uma das principais diferenças entre os dois regimes é o facto do instrutor do processo ser uma figura nomeada, externa ao serviço, com a finalidade de realizar as diligências necessárias ao apuramento da verdade, enquanto que no setor privado, o facto de não existir uma separação entre a entidade que instrói o procedimento e a entidade que promove a decisão final, deixa o trabalhador à mercê de uma decisão que poderá não ser isenta, restando-lhe o recurso para os tribunais judiciais de forma a fazer valer os seus

direitos. Que, como vimos anteriormente, para além dos inconvenientes já apontados, sempre será um processo menos célere.

Sobre a questão de sabermos qual o regime mais garantístico de defesa do trabalhador, corroboremos com a posição da doutrina que considera vantajoso o regime presente na LTFP em detrimento do regime presente no Código do Trabalho. Isto porque a separação em vários órgãos do poder de instaurar, da própria insaturação e do poder de punir, constitui, para o trabalhador do sector público, uma garantia de isenção na decisão final. Garantia de que o trabalhador do setor privado não dispõe.

Apesar de se tratar de um instituto bastante estudado, o procedimento disciplinar continua a colocar questões complexas, na maioria das vezes relacionadas com o desconhecimento dos direitos que assistem ambas as partes no contrato de trabalho, promovendo-se cada vez mais pela celebração de vínculos precários, desfavoráveis para um mercado de trabalho que se pretende emergente.

Realçamos o excelente contributo que a doutrina e a jurisprudência têm dado neste domínio, cooperando para um melhor entendimento do tema, permitindo preservar as garantias constitucionais previstas para as partes no decurso de um procedimento disciplinar com vista ao despedimento.

BIBLIOGRAFIA

ABRANTES, José João Nunes. *Contrato de trabalho e direitos fundamentais – Breves Reflexões*, in II Congresso Nacional de Direito do Trabalho - Memórias, coord. António Moreira, Almedina, Coimbra, dezembro de 1999, pp. 105 a 114.

ALMEIDA, José Eusébio. *Despedimento individual. O fim da reabertura do procedimento disciplinar, prevista no artigo 436.º, n.º 2, do Código do Trabalho e o novo procedimento disciplinar. A urgência de uma adequação adjetiva*, in *Prontuário de Direito do Trabalho*, n.ºs 79-80-81, coord. Victor Melo, Centro de Estudos Judiciários, Coimbra Editora, Coimbra, janeiro/dezembro de 2008, pp. 197 a 213.

AMADO, João Leal. *Algumas notas sobre o regime do despedimento “contra legem” no Código do Trabalho*, in VII Congresso Nacional de Direito do Trabalho – Memórias, coord. António Moreira, Almedina, Coimbra, novembro de 2004, pp. 275 a 295.

AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso de Direito Administrativo*, vol. II, 3ª ed., Almedina, Coimbra, 2016.

ASSIS, Rui. *O Poder de Direção do Empregador – Configuração Geral e Problemas Atuais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2005.

BAPTISTA, Albino Mendes. *A Nova ação de Impugnação do Despedimento e a Revisão do Código de Processo de Trabalho*, Grupo Wolters/Kluwer Portugal, Coimbra Editora, Coimbra, 2010.

CAUPERS, João. *Introdução ao Direito Administrativo*, 10ª ed., Âncora Editora, Lisboa, 2009.

CARVALHO, Catarina Oliveira. *Da dimensão da empresa no direito do trabalho - consequências praticas da dimensão da empresa na configuração das relações*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011.

CASTRO, Inês Albuquerque. - *A repercussão do tempo no procedimento disciplinar - da prescrição, caducidade, duração da instrução e inobservância do prazo de decisão*, in Estudos do Instituto de Direito do Trabalho, vol. III, Almedina, Coimbra, 2002, pp. 473 a 534.

COSTA, António Augusto. *A Erosão do Princípio da Legalidade da Discricionariedade Administrativa*. In CEDIPRE (Centro de Estudos de Direito Público e Regulação), *Online* n.º 12, Coimbra, agosto 2012.

DOMINGOS, Maria Adelaide. *Poder e procedimento disciplinar: algumas das alterações introduzidas pelo Código do Trabalho de 2009*, in Código de Trabalho - A revisão de 2009, coord. Paulo Morgado Carvalho, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, pp. 253 a 466.

FERNANDES, António Monteiro. *A justa causa de despedimento na Constituição e na lei. Ensaio em torno de um tema antigo*, in Prontuário de Direito de Trabalho, n.º 87, 2010, pp. 219 a 249.

FERNANDES, António Monteiro. *As formas de cessação do contrato de trabalho no novo Código*, in VI Congresso Nacional de Direito do Trabalho - Memórias, coord. António Moreira, Almedina, Coimbra, 2004, pp. 197 a 219.

FERNANDES, António Monteiro. *Direito do Trabalho*, 18ª ed., Almedina, Coimbra, 2017.

FERNANDES, António Monteiro. *O sentido de uma revisão “flexibilizante” das leis do trabalho*, in II Congresso Nacional de Direito do Trabalho - Memórias, coord. António Moreira, Almedina, Coimbra, 1999, pp. 311 a 325.

FERNANDES, Francisco Liberal. *O Acórdão n.º 338/10 do Tribunal Constitucional: a instrução em processo disciplinar laboral e a adaptabilidade grupal*, in Questões Laborais n.º 38, Ano XVIII, Grupo Wolters/Kluwer Portugal, Coimbra Editora, Coimbra, 2011.

FIALHO, Manuela Bento. *Poder e procedimento disciplinar: as novidades do Código*, in Código de Trabalho - A revisão de 2009, coord. Paulo Morgado Carvalho, Coimbra Editora, Coimbra, 2011.

GIRÓN, Jesús Martínez, Varela, Alberto Arufe. *Foundations on Community and Comparative, European and USA, Labor and Social Security Law*, 2ª ed., netlibro, Corunha, 2010, p. 216.

GOMES, Júlio Manuel Vieira. *Direito do Trabalho - Relações Individuais de Trabalho*, vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2007.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito do Trabalho*, 5ª ed., Almedina, Coimbra, 2016.

LOPES, Sónia Kietzmann. *Notas Práticas sobre o Procedimento Disciplinar e a Ilícitude e Irregularidade do Despedimento Disciplinar*, in Prontuário do Direito do Trabalho, n.º 87, coord. Sónia Kietzmann Lopes, Centro de Estudos Judiciários, Coimbra Editora, Coimbra, 2010.

MACEDO, Pedro de Sousa. *Poder Disciplinar Patronal*, Almedina, Coimbra, 1990.

MELGAR, Alfredo Montoya. *Derecho del Trabajo*, 28ª ed., Tecnos, Madrid, 2007, p. 473.

CARVALHO, Raquel. *Comentário ao Regime Disciplinar dos Trabalhadores em Funções Públicas*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2014.

MARECOS, Diogo Vaz. *As Alterações do Código do Trabalho Revisto ao Procedimento Disciplinar*, in Revista de Direito e de Estudos Sociais, n.º 1-2, Ano 50 (XXIII da 2.ª Série), Almedina, Coimbra, 2009, pp.153 a 183.

MARECOS, Diogo Vaz. *O despedimento por justa causa – procedimento*, in Direito e Justiça, Estudos Dedicados ao Professor Doutor Bernardo da Gama Lobo Xavier, vol. 2, Universidade Católica Editora, 2015, pp. 13 a 38.

MARECOS, Diogo Vaz. *Prática e Procedimento do Processo Disciplinar – Do Mero Instrutor ao Advogado-Instrutor*, 2ª ed., Principia, Cascais, 2011.

MARTINEZ, Pedro Romano. *A justa causa de despedimento*, in I Congresso Nacional de Direito do Trabalho - Memórias, coord. António Moreira, Separata, Almedina, Coimbra, 1998, pp. 173 a 180.

MARTÍNEZ, Pedro Romano. *Anotações ao artigo 356*, in Código de Trabalho Anotado, 10ª ed., Almedina, Coimbra, 2016.

MARTINEZ, Pedro Romano. *As razões de ser do Direito do Trabalho*, in II Congresso Nacional de Direito do Trabalho - Memórias, coord. António Moreira, Almedina, Coimbra, 1999, pp. 129 a 144.

MARTINEZ, Pedro Romano. *Direito do Trabalho*, 6ª ed., Almedina, Coimbra, 2013.

MARTINEZ, Pedro Romano. *Da Cessação do Contrato*, 3ª ed., Almedina, Coimbra, 2015.

MARTINEZ, Pedro Romano. *Incumprimento contratual e justa causa de despedimento*, in Estudos do Instituto de Direito do Trabalho, vol. II, Separata, Almedina, Coimbra, 2001-2002, pp. 93 a 118.

MARTINEZ, Pedro Romano. *Considerações gerais sobre o Código do Trabalho*, in VI Congresso Nacional de Direito do Trabalho - Memórias, coord. António Moreira, Almedina, Coimbra, 2004, pp. 41 a 60.

MARTINS, Pedro Furtado. *Cessação do Contrato de Trabalho - Atualizada Segundo o Código de Trabalho de 2012*, 3ª ed., Principia, Cascais, 2012.

MIRANDA, Jorge/Medeiros, Rui. *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, Introdução Geral, Preâmbulo, Artigos 1.º a 79.º, 3ª ed., Grupo Wolters/Kluwer Portugal, Coimbra Editora, Coimbra, 2010.

MORAIS, Domingos José de. *O poder e o procedimento disciplinar*, in Código do Trabalho – A Revisão de 2009, coord. Paulo Morgado de Carvalho, e Grupo Wolters/Kluwer Portugal, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, pp. 395 a 407.

MOURA, Paulo Veiga E. *Estatuto Disciplinar dos Trabalhadores da Administração Pública Anotado*, 2ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2011, pp. 189 a 213.

NETO, Abílio. *Processo Disciplinar e Despedimentos – Jurisprudência e Doutrina*, 1ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2004.

NEVES, Ana. *O Direito Disciplinar na Função Pública*, vol. II, Dissertação de Doutoramento, FDUL, Lisboa, 2007.

NUNES, Joaquim Pintado/ Aguiar, Luísa. *Guia Prático do Processo Disciplinar*, 3ª ed., Almedina, Coimbra, 2002.

PEREIRA, António Garcia. *Temas Laborais - vol. II*, Coleção Vega – Universidade Direito e Ciência Jurídica, Coimbra, 1992.

PINHEIRO, Paulo Sousa. *Apreciação crítica à revisão do Código do Trabalho (aprova da pela Lei n.º 7/2009, de 12 de fevereiro)*, in Prontuário de Direito do Trabalho, n.º 82, coord. Victor Melo, Centro de Estudos Judiciários, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, pp. 189 a 252.

PINHEIRO, Paulo Sousa. *Curso breve de Direito Processual do Trabalho – revista e atualizada*, 2ª ed. Coimbra Editora, Coimbra, 2014.

PINHEIRO, Paulo Sousa. *Procedimento Disciplinar ou Processo Disciplinar? – Uma Questão Puramente Terminológica ou Verdadeiramente Substancial*, in Prontuário de Direito do Trabalho, n.º 76, 77 e 78 (número especial em homenagem à obra do Dr. Vítor Ribeiro), Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 171 a 195.

PINHEIRO, Paulo Sousa. *Perspetiva geral das alterações ao Código de Processo do Trabalho*, in *Prontuário de Direito do Trabalho*, n.º 84, coord. Sónia Kietzmann Lopes, Centro de Estudos Judiciários, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, pp. 141 a 183.

PINTO, Maria José Costa. *Poder e Procedimento Disciplinar no Código do Trabalho de 2009*, in *Código do Trabalho – A Revisão de 2009*, coord. Paulo Morgado, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, pp. 421 a 451.

PINTO, Mário/Martins, Pedro Furtado/Carvalho, António Nunes de. *Comentário às Leis do Trabalho, Regime Jurídico do Contrato Individual de Trabalho*, vol. I, Lex Editora, Lisboa, 1994.

PINTO, Nuno Abranches. *Instituto Disciplinar Laboral*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009.

QUINTAS, Hélder. *A (nova) ação de impugnação da regularidade e licitude do despedimento*, in *Prontuário de Direito do Trabalho*, n.º 86, coord. Sónia Kietzmann Lopes, Centro de Estudos Judiciários, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 135 a 173.

QUINTAS, Paula/Quintas, Hélder. *Manual de Direito do Trabalho e de Processo do Trabalho*, 6ª ed., Almedina, Coimbra, 2017.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Do fundamento do Poder Disciplinar Laboral*, Almedina, Coimbra, 1993.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *O poder disciplinar laboral no código do trabalho: notas breves*, in *Estudos em memória do Professor Doutor António Marques dos Santos*, coord. Jorge Miranda, Luís de Lima Pinheiro, Dário Moura Vicente, vol. I, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 1133 a 1148.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Sobre os limites do poder disciplinar laboral*, in *I Congresso Nacional de Direito do Trabalho – Memórias*, coord. de António Moreira, Separata, Almedina, Coimbra, 1998, pp. 181 a 198.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Tratado do Direito do Trabalho – Parte I – Dogmática Geral*, 3ª ed., Almedina, Coimbra, 2012.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Tratado de Direito do Trabalho, Parte II – Situações Laborais Individuais*, in Revista e Atualizada ao Código do Trabalho de 2009 com as alterações introduzidas até 2014, 5ª ed., Almedina, Coimbra, 2014.

SILVA, Germano Marques da e Salinas, Henrique. *Anotação ao artigo 32.º*, in Constituição Portuguesa Anotada, Tomo I, Jorge Miranda e Rui Medeiros, 1ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2005.

SILVA, Germano Marques da. *O Direito a não Estar Só ou o Direito ao Acompanhamento por Advogado (Art. 20.º, n.º 2 da Constituição)», in Nos 25 Anos da Constituição da República de 1976 – Evolução Constitucional e Perspetivas Futuras*, AAFDL, Lisboa, 2001, pp. 123 a 148.

SILVA, Maria Manuela Maia da. *O Tempo no Processo Disciplinar – Alguns Aspetos Críticos*, in I Congresso Nacional de Direito do Trabalho – Memórias, coord. António Moreira, Separata, Almedina, Coimbra, 1998, pp. 200 a 222.

SILVA, Maria Manuela Maia da. *Os direitos constitucionais dos trabalhadores e a sua articulação com o direito ordinário*, in III Congresso Nacional de Direito do Trabalho - Memórias, coord. António Moreira, Almedina, Coimbra, 2001, pp. 108 a 134.

SOUSA, João Vilas Boas de. *O procedimento disciplinar para aplicação de sanções conservatórias: doutrina, jurisprudência, minutas, quadros*, in Revista Vida Económica, Porto, 2014.

VASCONCELOS, Joana. *Concretização do conceito de justa causa*, in Estudos do Instituto de Direito do Trabalho, vol. III, Instituto de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito de Lisboa, coord. Pedro Romano Martinez, Almedina, Coimbra, 2002, pp. 207 a 223.

VASCONCELOS, Joana. *Procedimento para despedimento por facto imputável ao trabalhador*, in Revista de Direito e de Estudos Sociais, Ano LIII (XXVI da 2ª Série), n.ºs. 1-2, CEJ, Lisboa, 2012, pp. 163 a 172.

XAVIER, Bernardo da Gama Lobo. *Curso de Direito do Trabalho - com aditamento de atualização*, 2ª ed., Verbo/Babel, Lisboa, 1993.

XAVIER, Bernardo da Gama Lobo. *A matriz constitucional do Direito do Trabalho*, in III Congresso Nacional de Direito do Trabalho - Memórias, coord. António Moreira, Almedina, Coimbra, 2001, pp. 97 a 105.

XAVIER, Bernardo da Gama Lobo. *Algumas notas elementares sobre a justiça do trabalho*, Revista de Direito e de Estudos Sociais, Ano 48 (XXI da 2.ª Série), ns.º 1-2, Separata, Almedina, Coimbra, 2007, pp. 23 a 40.